حماية الديون في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

تأليف

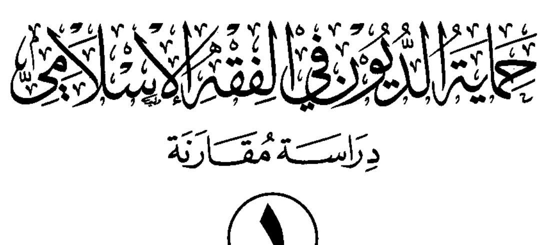
الدكتور إبراهيم رحماني

أستاذ محاضر في الفقه وأصوله بقسم الحقوق
وقسم العلوم الإسلامية بالمركز الجامعي بالوادي
الجزائر

الجزء الأول

دار البشائر الإسلامية




حماية الديون في الفقه الإسلامي
دراسة مقارنة


١

أصل هذا الكتاب رسالة دكتوراه مقدمة لقسم الشريعة بجامعة الجزائر في العام الدراسي: ١٤٢٧ ـ ١٤٢٨هـ الموافق لـ: ٢٠٠٦ ـ ٢٠٠٧م، وقد نوقشت وأجيزت بتقدير «مشرف جداً».



الطبعة الأولى

١٤٣٢هـ ـ ٢٠١١م

شركة دار البشائر الإسلامية

للطباعة والنشر والتوزيع ش.م.م

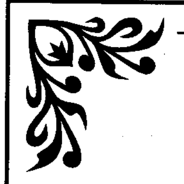
أسسها الشيخ رمزي دمشقية رحمه الله تعالى سنة ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م

بيروت ـ لبنان ص.ب: ١٤/٥٩٥٥ هاتف: ٧٠٢٨٥٧

فاكس: ٠٠٩٦١١/٧٠٤٩٦٣

website: www. dar-albashaer.com

email: info@dar-albashaer.com \ bashaer@cyberia.net.lb




إهـــداء

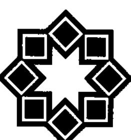
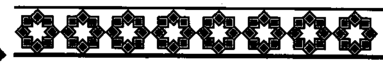
إلى روح والدي رحمه الله وبرّد ثراه.

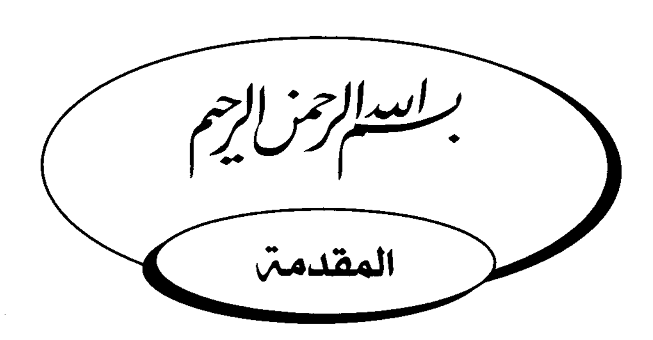
إلى الوالدة العزيزة أطال الله عمرها.

إلى روح أستاذي المشرف الأول العلامة الأستاذ الدكتور محمد محده طيب الله ثراه، وأحسن مثواه، وتقبله في الصالحين.

إلى جميع أفراد أسرتي: ولديّ، وزوجتي، وإخوتي.

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع



الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على إمام المرسلين سيدنا محمد، وعلى آله الطاهرين، وعلى صحابته أجمعين، وعلى من اهتدى بهدي النبوة إلى يوم الدين.

وبعد:

لقد حظي المال في التشريع الإسلامي بمكانة رفيعة؛ حيث وصفه الله تعالى في القرآن الكريم بأنه زينة الحياة، مسوياً بينه وبين نعمة الذرية فقال تعالى: ﴿ٱلْمَالُ وَٱلْبَنُونَ زِينَةُ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ...﴾ [الكهف: ٤٦]، كما وصفه بأنه قوام الحياة، به تحفظ وتستقيم فقال: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا﴾ [النساء: ٥]، وأضاف سبحانه المال إلى نفسه فقال: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣].

وإذا كان المال بهذه الأهمية، وله تلك المنزلة الرفيعة؛ فإن المؤمن مطالب بأن يحصله من الطرق التي تحقق الخير للناس، وفيها العمل والاجتهاد وعمارة الكون، وفيها الاختلاط بين الناس، والتعارف والتعاون وتبادل المنافع. قال الله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى جَعَلَ لَكُمُ ٱلْأَرْضَ ذَلُولًا فَٱمْشُوا۟ فِى مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا۟ مِن رِّزْقِهِۦ ۖ وَإِلَيْهِ ٱلنُّشُورُ ﴿١٥﴾﴾ [الملك: ١٥]، ونهى الله تعالى عن تحصيل الأموال بالطرق التي لا خير للناس فيها، وفيها الشر والفساد، وزعزعة الأمن والاستقرار؛ فقال سبحانه في محكم التنزيل: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ ...﴾ [البقرة: ١٨٨].

وقد اقتضت الحكمة الإلهية، أن يكون كل إنسان ـ مهما بلغت درجته ـ في حاجة إلى غيره من بني جنسه في متطلبات حياته اليومية، فالمرء وإن كان غنياً عن الناس من ناحية أو ناحيتين؛ فهو فقير إليهم في نواح أخرى متعددة. قال الله تعالى: ﴿أَهُمْ يَقْسِمُونَ رَحْمَتَ رَبِّكَ نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُم مَّعِيشَتَهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِّيَتَّخِذَ بَعْضُهُم بَعْضًا سُخْرِيًّا وَرَحْمَتُ رَبِّكَ خَيْرٌ مِّمَّا يَجْمَعُونَ (٣٢)﴾ [الزخرف: ٣٢].

وإن الاحتياج المتبادل بين بني البشر، هو الذي يوطد الروابط بينهم، ويدفع إلى التعارف والتعامل والتعاقد فيما بينهم، والتعاون في تحمل تبعات الحياة ومشكلاتها. وجاءت الشرائع السماوية أولاً، ثم القوانين الوضعية ثانياً؛ لضبط وتنظيم هذا التعامل وتعديله، بحيث ترفع كل أشكال الشقاق والخصام، وتدعم الرغبة في الوفاق والوئام بين الناس.

ولما كان الإسلام يدعو إلى التعاون على البر والتقوى؛ فإن اهتمامه بالعقود التعاونية كان كبيراً؛ لما تحققه من مساعدة لمن يستحقها، ولما ينجم عنها من تكاتف وتراحم بين أفراد المجتمع، ويأتي القرض في مقدمة هذه العقود؛ فقد فضل كثير من أهل العلم القرض على الصدقة؛ استناداً إلى حديث أنس بن مالك رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: «**قَرْضُ الشَّيْءِ خَيْرٌ مِنْ صَدَقَتِهِ**»[1]. وحديث أبي أمامة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**دَخَلْتُ الجَنَّةَ فَوَجَدْتُ مَكْتُوباً عَلَى بَابِهَا: الصَّدَقَةُ بعَشرَةٍ، وَالقَرْضُ بثمَانيةَ عَشَرَ. فقلتُ: يا جبريلُ، كَيْفَ صَارَتِ الصَّدَقَةُ بعَشرَةٍ وَالقَرْضُ بثمَانيةَ عَشَرَ؟ قال: الصَّدَقَةُ فِي يَدِ الغَنِيِّ وَالفَقِيرِ،**

(١) أخرجه: أحمد بن حسين البيهقي ت٤٥٨هـ، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا (لا.ط؛ مكة المكرمة: مكتبة الباز، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م) كتاب البيوع، باب ما جاء في الإقراض (٥/ ٣٥٤). [ضعفه الدارقطني].

وَالقَرْضُ لَا يَقَعُ إِلَّا فِي يَدِ مَنْ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ»[1].

ولئن كان الإسلام يدعو إلى اكتساب المال من الطرق المشروعة، ويحث على التعاون عن طريق القرض بالمعروف؛ فإنه مع ذلك يهتم اهتماماً كبيراً بصيانة هذه الأموال؛ فحفظ المال أحد الضروريات التي تبنى عليها مقاصد التشريع؛ فإن الله تعالى قرن الاعتداء على المال بالاعتداء على النفس في قوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٢٩﴾﴾ [النساء: ٢٩]، ورسول الله ﷺ يعتبر المقتول دفاعاً عن أمواله شهيداً؛ فقد جاء في حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «**مَنْ قُتِلَ دُونَ مَالِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ**»[2].

ولقد شاع التعامل بالديون في جميع المجتمعات، وغدا ضرورة من ضرورات الحياة؛ وهذا الانتشار الواسع للديون صاحبته صور كثيرة لتضييع الأموال، ونكران الجميل، وجحود المعروف، ومماطلة في إيفاء

---

(١) أخرجه: محمد بن يزيد بن ماجه ت٢٧٥هـ، السنن، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د. ت) كتاب الصدقات، باب القرض (٢/ ٨١٢). قال الكناني: هذا إسناد ضعيف، خالد بن يزيد بن عبد الرحمٰن بن أبي مالك أبو هاشم الهمداني الدمشقي ضعفه أحمد وابن معين وأبو داود والنسائي وأبو زرعة وابن الجارود والساجي والعقيلي والدارقطني وغيرهم ووثقه أحمد بن صالح المعري وأبو زرعة الدمشقي وقال ابن حبان: هو من فقهاء الشام كان صدوقاً في الرواية ولكنه كان يخطئ كثيراً وأبوه فقيه دمشق ومفتيها. (أحمد بن أبي بكر الكناني، مصباح الزجاجة، تحقيق محمد الكشناوي، ط:٢؛ بيروت: دار العربية، ١٤٠٣هـ، ٢/ ٧٠).

(٢) أخرجه: محمد بن إسماعيل البخاري ت٢٥٦هـ، الجامع الصحيح، ضبط وترقيم وشرح وفهرسة: د. مصطفى البغا (ط:٣؛ بيروت: دار ابن كثير، ودار اليمامة، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م) كتاب المظالم، باب من قاتل دون ماله (٢/ ٨٧٧)..

الحقوق؛ إلى درجة أن كثيراً من الناس سدوا على أنفسهم أبواب البر والإحسان والقرض بالمعروف؛ بذريعة فساد الذمم، وعدم وجود ضمانات تحفظ للدائن حقوقه! ونتج عن هذا الوضع توسع كبير لصالح القرض الربوي، الذي وجد أصحابه الساحة شبه شاغرة، فكانت ضماناته مجحفة؛ بدعوى حماية الديون من التعثر المحتمل.

كما أن عجز المدينين أو امتناعهم عن سداد الديون أدى إلى توتر في العلاقات الاجتماعية بين الأطراف ذات الصلة بالدَّين؛ ومن ثم كثرت الخصومات والنزاعات في ساحات القضاء، كما لجأ بعض المدينين إلى السفر، أو التخفي عن الأنظار خوف المطالبة بالدَّين أو المتابعة القضائية، كما ظهرت حالات كثيرة لإدعاء الإفلاس، وما ينجم عنه من إجراءات الحجز على ما بقي من الأموال والممتلكات.

إن أسئلة كثيرة تقفز إلى أذهاننا، ونحن نرصد وضع الديون ومستقبلها من خلال الإنتاج الفقهي، ومن خلال الواقع العملي، ومن أبرز هذه الأسئلة:

- ماذا يقدم الفقه الإسلامي لمواجهة صور الظلم المتبادل، تارة من جهة المدين الذي قد تغلبه نفسه، أو الظروف المحيطة به؛ فيضيِّع أموال من مدَّ له يد العون، أو يماطل في سدادها، وأخرى من جهة الدائن الحريص على سلامة ممتلكاته، فقد يتعسف في بعض الضمانات أو في المطالبة؟

- ما التدابير المانعة من تعثر الديون؟ وما مدى فاعلية هذه التدابير نظرياً وتطبيقياً؟

- ما الإجراءات العملية في معالجة الديون المتعثرة؟ وما مدى فاعلية هذه الإجراءات نظرياً وتطبيقياً؟

إننا نعيش زمناً ظهر فيه قصور النظم الوضعية بشكل أكثر وضوحاً،

وغدت عاجزة عن تحقيق الأمن الاجتماعي المنشود، ورعاية جميع مصالح الأفراد، خاصة الضعفاء منهم؛ فقد زادت معدلات الجريمة، والحقوق الضائعة يصعب حصرها، ولم تكن الإجراءات القانونية المتخذة ـ في كثير من الأحيان ـ لتردع المحتالين ومحترفي الإجرام.

تلك الدوافع وغيرها كانت وراء اختياري هذا الموضوع، الذي عنونته بـ: «**حماية الديون في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة**»؛ نظراً لأهميته القصوى في عصرنا الذي تنوعت فيه صور المعاملات المالية، وظهرت تعاملات مصرفية لم تكن معهودة عند أسلافنا.

وفي هذا يقول شاه ولي الله الدهلوي (ت١١٧٦هـ): «اعلم أن الدَّين أعظم المعاملات مناقشة، وأكثرها جدلاً، ولا بد منه للحاجة؛ فلذلك أكد الله تعالى في الكتابة والاستشهاد، وشرع الرهن والكفالة، وبين إثم كتمان الشهادة، وأوجب بالكفاية القيام بالكتابة والشهادة، وهو من العقود الضرورية»[1].

ويقف الدارس لهذا الموضوع على قدر معتبر مما كتبه الفقهاء قديماً وحديثاً، من خلال الموسوعات الفقهية المتنوعة داخل المذهب الواحد أو المقارنة بين المذاهب، ثم في المؤلفات الفقهية الحديثة. لكن الملاحظ أن أغلب هذه الكتابات تناولت الموضوع بطريقة تجزيئية، وأوردت مسائله بصفة توزيعية، بحيث نجد هذه المسائل مفرقة في أبواب شتى؛ فنجد للموضوع ذكراً في مباحث: القرض، الرهن، الكفالة، التفليس، التأمين، التعزير، السجن، والشروط في العقود... إلخ.

وقد نوقشت بعض المسائل المتعلقة بالموضوع في المجامع الفقهية؛ كمجمع الفقه الإسلامي بجدة، والمجمع الفقهي الإسلامي بمكة

---

(١) شاه ولي الله عبد الرحيم الدهلوي، حجة الله البالغة (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت)، (٢/١١٣).

المكرمة، كما كانت صفحات بعض الدوريات والمجلات العلمية منبراً للفقهاء المعاصرين لعرض وجهات النظر المختلفة في معالجة بعض مفردات الموضوع؛ وبذلك كثرت الردود والمناقشات؛ مما يستدعي تتبع ما وصل إلينا منها والخروج بخلاصة ونتيجة تكون أقرب إلى الصواب.

ومن الدراسات الجادة المعاصرة التي لها علاقة كبيرة بموضوعنا والتي كانت منطلقاً لي في البحث وأفدت منها كثيراً ما يلي:

١ ـ **«توثيق الديون في الفقه الإسلامي»** للدكتور صالح بن عثمان بن عبد العزيز الهليل[1]، وهي رسالة دكتوراه قدمت عام ١٤٠٦هـ بجامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض.

وقد قسم المؤلف رسالته بعد المقدمة والتمهيد إلى ثلاثة أبواب عالج في الأول: حكم التوثيق ومحله، وفي الثاني: وسائل التوثيق الاستيفائية (الرهن ـ الضمان ـ الكفالة الشخصية)، وفي الثالث: وسائل التوثيق الإثباتية (الكتابة ـ الإشهاد).

وهذا الكتاب قيِّم في موضوعه، اجتهد مؤلِّفه ـ جزاه الله كل خير ـ في إثرائه بمادة علمية غزيرة ومتنوعة، كما حرص على حسن تصنيفها ومناقشتها والخروج بالرأي الراجح.

ويبدو أن المؤلف لو قدَّم وسائل التوثيق الإثباتية لكان خيراً في حسن عرض الموضوع؛ ذلك أن الإثبات ابتداءً مُقدَّم على الاستيفاء، وقد بدأ الله ﷻ في آية المداينة بالكتابة والإشهاد.

كما يظهر من خلال تتبع المسائل الفقهية الواردة في الكتاب أن هناك نقصاً في إيراد الأدلة المستند إليها في عرض آراء المذاهب مما

(١) طبع هذا الكتاب من قبل جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ضمن سلسلة مشروع وزارة التعليم العالي لنشر ألف رسالة علمية. الكتاب رقم: (٢٢) عام: ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠١م، وعدد صفحاته: (٥٤٨) صفحة.

تقتضيه طبيعة البحث الفقهي المقارن، ومن ثم لا تظهر الصورة الكاملة لوجهة النظر الفقهية المدعمة بالأدلة في المسألة. كما يلاحظ في أكثر الأحيان اكتفاء المؤلف بالترجيح دون عرض أسبابه، والاكتفاء بتعميم القول بقوة الأدلة[1].

ومما يؤخذ ـ أيضاً ـ على المؤلف تفصيله ومناقشته لقضايا أصبحت في ذمة التاريخ؛ كالمسائل المرتبطة بالعبودية والرق[2]. كما يلاحظ ـ كذلك ـ إغفال الكاتب بيان دور وسائل التوثيق في حفظ الديون وحمايتها.

٢ ـ «مشكلة إفلاس المدين والحل الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة» للدكتور نزار بن عبد الكريم الحمداني[3]، وهي رسالة ماجستير من جامعة أم القرى بمكة المكرمة، وقد نوقشت عام ١٣٩٩هـ ـ ١٩٧٩م.

وهيكل الكتاب مقسَّم إلى مقدمة وتمهيد وبابين وخاتمة، وتطرق في التمهيد إلى التعريف بالإفلاس وبالدَّين وبيان مشروعية الحجر وشروط التفليس وآثاره بوجه عام، وعالج في الباب الأول: آثار الحل التي تمس حرية المدين، وفي الثاني: آثار الحل التي تمس تصرفات المدين الشخصية.

والكتاب مفيدٌ جداً في موضوعه إلا أنه يؤخذ عليه النقص في عرض أدلة المذاهب الفقهية وترتيبها، وكذا عدم الترجيح في بعض

---

(١) ينظر على سبيل المثال الصفحات: ١٠٢، ١٠٣، ٤٠١، ٤٠٢، ٤٠٣، ٤٠٤، ٤٠٥، ٤٠٦.

(٢) ينظر على سبيل المثال الصفحات: ٥٣، ١٢٣، ١٨٩، ١٩١، ٢١٠، ٢٢٥، ٢٧٦، ٣١٠، ٣٩٦، ٤٥٧.

(٣) طبع الكتاب عام ١٤١١هـ ـ ١٩٩١م بدار المجتمع بجدة، ويقع في (٢٦٤) صفحة.

المسائل[1]. يضاف إلى ذلك عدم تطرق البحث إلى السبل الوقائية من الإفلاس، وكذا إغفال بحث عدد من الوسائل التطبيقية في معالجة مشكلة إفلاس المدين[2].

٣ ـ **«دراسات في أصول المداينات»** للدكتور نزيه حماد[3]، والكتاب عبارة عن ستة أبحاث في موضوع الدَّين وهي كالآتي: حقيقة الدَّين وأسباب ثبوته، وتوثيق الدَّين، والتصرف في الدَّين، وتغير النقود وأثره على الديون، وبيع الكالئ بالكالئ، والمؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء.

وهذا الكتاب في غاية الجودة من حيث تتبع آراء الفقهاء وتوثيقها ومناقشتها، وقد أفدت منه كثيراً من خلال إحالاته إلى المصادر وكذا مناقشته للآراء وإن كان الكتاب يتَّسم بقدر كبير من الإيجاز والاكتفاء باعتماد المراجع الفقهية القديمة. كما جاءت أبحاث الكتاب مفرقة لا يربط بينها جامع منهجي؛ إذ هي في أصلها محاضرات ألقيت على طلبة قسم القضاء؛ ومن ثم يصعب الخروج برأي أكثر شمولاً في معالجة الموضوع. يضاف إلى ذلك أن هناك مسائل فقهية كثيرة متعلقة بموضوع حماية الديون لم يتطرق لها الكتاب[4] لكونه بحث في مسائل جزئية متفرقة.

---

(١) ينظر على سبيل المثال مسألة حبس المدين المعسر (ص:١٤٥ وما بعدها) ومسألة مقدار التعزير (ص:١٨١ وما بعدها).

(٢) مثل: الزكاة، والإجبار على التكسب.

(٣) طبع الكتاب عام ١٤١١هـ ـ ١٩٩٠م بدار الفاروق ـ الطائف، ويقع في (٣٠٨) صفحة.

(٤) مثل: التأمين، الشرط الجزائي، الصلح، التحكيم، القضاء، الزكاة، الحجر، المنع من السفر.
هذا، وإن كان المؤلف قد عالج بعض هذه المسائل في مؤلفات أخرى مثل =

٤ ـ بحث: «صيانة المديونات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي» للدكتور محمد عثمان شبير[١]. وقد قسَّم الكاتب البحث إلى تمهيد ومبحثين وخاتمة، حيث عالج في التمهيد حقيقة المديونات وأسباب تعثرها، وفي المبحث الأول وسائل صيانة المديونات من التعثر، وفي الثاني الوسائل المشروعة لمعالجة المديونات المتعثرة.

وهذا البحث على الرغم من صغر حجمه إلا أنه أحسن إلى حد بعيد في إعطاء صورة عن موضوع حماية الديون مراعياً البعدين الوقائي والعلاجي، وكذا الإشارة إلى المسائل المختلف فيها والإحالة إلى مصادر البحث الفقهي فيها.

والملاحظ أن الكاتب اكتفى بإيراد رؤوس أقلام في مسائل جوهرية في الموضوع[٢]، وكأنه بذلك يحيل الأمر إلى الباحثين لتحقيق تلك المسائل من مصادرها.

وبناء عليه يظهر لي أن موضوع حماية الديون في الفقه الإسلامي لم ينل حظه من الدراسة والبحث ـ حسب ما توفر لدي من مراجع ـ فهو في أمس الحاجة إلى لَمِّ شَعَثِ مسائله، وتحقيق القول فيها، وكذا النظر

= كتابه: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، ودراسات فقهية، وعقد الصلح في الشريعة الإسلامية.

(١) مطبوع ضمن كتاب: «بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة» للدكتور محمد سليمان الأشقر، والدكتور ماجد أبو رخية، والدكتور محمد عثمان شبير، والدكتور عمر سليمان الأشقر. طبعة أولى عام ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م بدار النفائس ـ عمان (الأردن) والكتاب في جزأين ضم (٩٣٥) صفحة. أما البحث المذكور فيقع في (٦٢) صفحة: (٢/ ٨٣٣ ـ ٨٩٥).

(٢) مثل: الإشهاد (١١سطراً)، والكتابة (صفحة ونصف)، والرهن (١١سطراً)، والكفالة (١٥سطراً)، والزكاة (١٤سطراً)، والإجبار على التكسب (صفحتين)، ومعالجة الديون المتعثرة بالمماطلة (٨ صفحات).

في البدائل المعاصرة ومدى إسهامها في معالجة الموضوع.

ويظهر لي أن أسلوب دراسة هذا الموضوع ينبغي أن يعتمد على منهج الاستقراء ثم المقارنة بين الآراء الفقهية المتنوعة، وقد اقتصرت على المذاهب الفقهية الأربعة بالإضافة إلى ذكر رأي الظاهرية في بعض المسائل الفقهية، وتتبع أهم ما توصل إليه الاجتهاد المعاصر الجماعي والفردي.

*** وسرت في تحرير مباحث هذه الرسالة وفق النقاط التالية:**

ـ **أولاً**: حصر آراء المذاهب الفقهية في كل مسألة، وبيان سبب الخلاف عند وجوده.

ـ **ثانياً**: بيان رأي فقهاء المذاهب من خلال اعتماد كتبهم الأصلية كلما أمكن ذلك.

ـ **ثالثاً**: اعتماد الأدلة النقلية والعقلية بالقدر الذي يبين وجه استنباط الحكم، ومناقشة تلك الأدلة. وقد أجتهد في مناقشة بعض الأدلة عندما لا أقف على مناقشة لها ويظهر لي أن الأمر يستدعي ذلك، والأمر نفسه بالنسبة للرد على بعض الاعتراضات التي قد توجه على المناقشات.

ـ **رابعاً**: استخلاص الرأي الراجح، مع بيان أسباب الترجيح والاختيار.

ـ **خامساً**: الاهتمام بالجانب التطبيقي المعاصر للموضوع، من خلال بعض معاملات البنوك الإسلامية، وكذا الإشارة إلى إسهام القوانين الوضعية في هذا الميدان، وبيان مدى نجاعة تلك الإجراءات في حماية الديون من التعثر، ومعالجة الديون المتعثرة.

ـ **سادساً**: العناية بالنصوص القرآنية المستدل بها وعزوها إلى سورها، مع إثبات أرقام الآيات.

ـ **سابعاً**: العناية بتخريج الأحاديث النبوية والآثار المستشهد بها في

ثنايا الموضوع، وعزوها إلى مصادرها الأصلية، وبيان درجتها كلما كان ذلك ممكناً، مع ملاحظة أن الحديث إن كان في الصحيحين أو أحدهما فأكتفي بهذا عند التخريج، ولا أذكر ما ورد في باقي كتب السُّنَّة إلا إذا كان اللفظ الوارد في كتب السُّنَّة يخدم موضوع البحث أكثر؛ وهذا بدافع الاختصار وعدم التطويل في التخريج. كما حرصت على إيراد تراجم موجزة في الهوامش للتعريف بالأعلام الذين ورد ذكرهم في صلب البحث.

ويبدو لي أن مشكلة من يحاول الكتابة في فقه الديون ومسائله ليست في ندرة المصادر، أو غموض المعلومات، ولكن الصعوبة تكمن في تعدد هذه المصادر واتساع مجالاتها، بحيث يتطلب الأمر بحثاً مستفيضاً في الفقه الإسلامي ومذاهبه، وفي القانون الوضعي وشروحه وتطبيقاته، وفي الاقتصاد ومستجداته، وهذا الاتساع يجعل من الصعب رصد معالم محددة لوحدات الموضوع، ويكون الباحث في حيرة من أين يبدأ؟ وكيف؟ وما الذي يهم الباحث المتخصص أن يعرفه؟ ومن هنا فإن البحث في الديون أمر صعب؛ فتعدد المصادر واتساع مجال الفكر لا يساعد الكاتب، لكنه يضعه أمام امتحان عسير في القدرة على حسن الاختيار، وتوخي الدقة، وتمحيص الحقائق، لكي يقدم خلاصة وافية أو قريبة من الوفاء.

ولم تكن هذه الصعوبات لتجعلني أتردد في خوض غمار هذه الدراسة؛ فقد عزمت على الأخذ بالأسباب، بعد التوكل على المولى ﷻ، آخذا بما قرره علماؤنا قديماً: «مَا لا يُدْرَكُ كُلُّهُ لا يُتْرَكُ جُلُّهُ»[1].

---

(١) ينظر: عز الدين بن عبد السلام، القواعد الكبرى، تحقيق: د. نزيه كمال حماد، ود. عثمان جمعة ضميرية (ط:١؛ دمشق: دار القلم، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ٢/ ٨٠).

وقد اجتهدت في جعل هيكلة الموضوع موزعة ضمن تمهيد وبابين، يشتمل كل باب على فصول ومباحث ومطالب، وفي الأخير تكون الخاتمة التي تلخص النتائج المحصل عليها، وتطوى صفحات الموضوع على فهارس متنوعة.

ويمكن توضيح ذلك كله ومشتملاته على النحو الآتي:

تمهيد

وعالجت فيه أربعة نقاط؛ تناولت في الأولى مكانة المال في التشريع الإسلامي، وفي الثانية حقيقة الدَّين وبيان أسباب ثبوته، وخصصت الثالثة لبيان الأساليب التحفيزية للوفاء بالديون، وتطرقت في الرابعة لأسباب تعثر الديون.

الباب الأول

التدابير المانعة من تعثر الديون في الفقه الإسلامي

وقسمت هذا الباب إلى ثلاثة فصول:

عالج **الفصل الأول: حماية الديون من جحود المدين**، وذلك من خلال مبحثين:

تناول الأول منهما: التوثيق الكتابي ودوره في حماية الديون حيث قسمته إلى ثلاثة مطالب؛ عالج الأول مفهوم التوثيق الكتابي للديون وبيان حكمه، وتطرق الثاني إلى حجية وصور التوثيق الكتابي للديون، وخصصت المطلب الثالث لبيان دور التوثيق الكتابي في حماية الديون.

أما المبحث الثاني: فتناول الإشهاد ودوره في حماية الديون، وقسمته إلى ثلاثة مطالب؛ تناولت في الأول تعريف الإشهاد وبيان حكمه، وعالجت في الثاني شروط الإشهاد ومراتب الشهادة على الأموال، وخصصت الثالث لبيان دور الإشهاد في حماية الديون.

وجاء **الفصل الثاني: مبيناً حماية الديون من إفلاس المدين**، وذلك من خلال ثلاثة مباحث:

تناول الأول: الرهن ودوره في حماية الديون حيث قسمته إلى ثلاثة مطالب؛ تناولت في الأول تعريف الرهن وبيان حكمه، وعالجت في الثاني أركان الرهن وشروطه، وخصصت الثالث لبيان دور الرهن في حماية الديون.

أما المبحث الثاني: فتناول الكفالة ودورها في حماية الديون حيث قسمته إلى أربعة مطالب؛ تناولت في الأول تعريف الكفالة وبيان حكمها، وعالجت في الثاني أركان الكفالة وشروطها، وتطرقت في الثالث لتطبيقات على الكفالات المعاصرة، وخصصت الرابع لبيان دور الكفالة في حماية الديون.

وتناول المبحث الثالث: التأمين ودوره في حماية الديون حيث قسمته إلى ثلاثة مطالب؛ تناولت في الأول تعريف التأمين وبيان أقسامه، وعالجت في الثاني خصائص التأمين وبيان حكمه، وخصصت الثالث لبيان دور التأمين في حماية الديون.

أما **الفصل الثالث: فعالج حماية الديون من مماطلة المدين** وذلك من خلال مبحثين:

تناول الأول منهما: الشرط الجزائي ودوره في حماية الديون حيث قسمته إلى ثلاثة مطالب؛ عالجت في الأول حقيقة الشرط الجزائي وبيان خصائصه، وتطرقت في الثاني إلى شروط استحقاق الشرط الجزائي وبيان أنواعه وحكمه الشرعي، وخصصت الثالث لبيان دور الشرط الجزائي في حماية الديون وموقف الفقهاء منه.

وتناول المبحث الثاني: شرط حلول باقي الأقساط أو التصدق ودورهما في حماية الديون حيث قسمته إلى ثلاثة مطالب؛ تناولت في

الأول شرط حلول باقي الأقساط وموقف الفقهاء منه، وعالجت في الثاني شرط الالتزام بالتصدق وموقف الفقهاء منه، وخصصت الثالث لبيان دور اشتراط حلول الأقساط أو التصدق في حماية الديون.

الباب الثاني

طرق معالجة الديون المتعثرة في الفقه الإسلامي

وقسَّمتُ هذا الباب إلى ثلاثة فصول؛ عالج **الفصل الأول: طرق معالجة الديون المتعثرة بسبب جُحُود المدين** وذلك من خلال ثلاثة مباحث:

تناول الأول: الصُّلحَ ودوره في معالجة الديون المتعثرة بسبب الجحود حيث قسَّمته إلى ثلاثة مطالب؛ تناولتُ في الأول مفهوم الصلح وبيان حكمه، وعالجتُ في الثاني الصلح عن الديون وموقف الفقهاء منه، وخصَّصتُ الثالث لبيان دور الصلح في معالجة الديون المتعثرة بسبب الجحود.

أما المبحث الثاني: فتناول التحكيم ودوره في معالجة الديون المتعثرة بسبب الجحود حيث قسمته إلى ثلاثة مطالب؛ تناولتُ في الأول مفهوم التحكيم وبيان حكمه، وعالجت في الثاني شروط التحكيم والمحكَّم، وخصَّصتُ الثالث لبيان دور التحكيم في معالجة الديون المتعثرة بسبب الجحود.

وتناول المبحث الثالث: القضاء ودوره في معالجة الديون المتعثرة بسبب الجحود حيث قسمته إلى ثلاثة مطالب؛ تناولتُ في الأول تعريف القضاء وبيان مشروعيته، وعالجتُ في الثاني إجراءات التقاضي بشأن الديون المتعثرة، وخصَّصتُ الثالث لبيان دور القضاء في معالجة الديون المتعثرة بسبب الجحود.

وجاء الفصل الثاني: مبيناً طرق معالجة الديون المتعثرة بسبب إفلاس المدين، وذلك من خلال ثلاثة مباحث:

تناول الأول: الزكاة ودورها في معالجة الديون المتعثرة بسبب الإفلاس حيث قسمته إلى ثلاثة مطالب؛ تناولتُ في الأول تعريف الزكاة وبيان حكمها، وعالجت في الثاني مصارف الزكاة ومنزلة سداد الديون منها، وخصَّصتُ الثالث لبيان دور الزكاة في معالجة الديون المتعثرة بسبب الإفلاس.

أما المبحث الثاني: فتناول الحجر على المدين المفلس ودوره في معالجة الديون المتعثرة حيث قسمته إلى ثلاثة مطالب؛ تناولتُ في الأول حقيقة الحجر على المدين المفلس وبيان حكمه، وعالجت في الثاني موقف الفقهاء من فسخ بيوع المدين المفلس واسترداد المبيع، وخصَّصتُ الثالث لبيان دور الحجر على المدين المفلس في معالجة الديون المتعثرة.

وتناول المبحث الثالث: الإجبار على التكسب ودوره في معالجة الديون المتعثرة بسبب الإفلاس حيث قسمته إلى ثلاثة مطالب؛ تناولتُ في الأول مفهوم الإجبار على التكسب، وعالجتُ في الثاني موقف الفقهاء من إجبار المدين المفلس على التكسب، وخصَّصتُ الثالث لبيان دور إجبار المدين المفلس على التكسب في معالجة الديون المتعثرة.

أما الفصل الثالث: فتناول طرق معالجة الديون المتعثرة بسبب مماطلة المدين، وذلك من خلال ثلاثة مباحث:

تناول الأول: منع المدين المماطل من السفر ودوره في معالجة الديون المتعثرة حيث قسمته إلى ثلاثة مطالب؛ تناولتُ في الأول حقيقة منع المدين من السفر وبيان حكمه، وعالجتُ في الثاني شروط منع المدين من السفر، وخصَّصتُ الثالث لبيان دور منع المدين المماطل من السفر في معالجة الديون المتعثرة.

أما المبحث الثاني: فتناول التصرف القضائي في أموال المدين المماطل ودوره في معالجة الديون المتعثرة حيث قسمته إلى ثلاثة مطالب؛ تناولتُ في الأول قضاء الدين من مال المماطل جبراً ودوره في معالجة الديون المتعثرة، وعالجتُ في الثاني بيع أموال المماطل لقضاء دينه ودوره في معالجة الديون المتعثرة، وخصَّصتُ الثالث لبيان تأجير أملاك المدين المماطل لقضاء دينه ودوره في معالجة الديون المتعثرة.

وتناول المبحث الثالث: العقوبة التعزيرية ودورها في معالجة الديون المتعثرة بسب المماطلة حيث قسَّمتُه إلى أربعة مطالب؛ تناولتُ في الأول مفهوم العقوبة التعزيرية وبيان حكمها، وعالجتُ في الثاني التعزيرات الأدبية ودورها في معالجة الديون المتعثرة بسبب المماطلة، وخصَّصتُ الثالث لبيان التعزيرات المالية ودورها في معالجة الديون المتعثرة بسبب المماطلة، وتناولتُ في الرابع بيان التعزيرات البدنية ودورها في معالجة الديون المتعثرة بسبب المماطلة.

- **الخاتِمة**: نتائج البحث.
- **الفهارس**:

أولاً: فهرس الآيات القرآنية.

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية.

ثالثاً: فهرس الآثار.

رابعاً: فهرس المسائل الفقهية.

خامساً: فهرس المصطلحات.

سادساً: فهرس الأعلام المترجم لهم.

سابعاً: فهرس المصادر والمراجع.

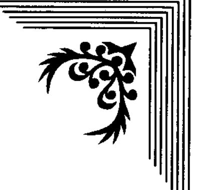
ثامناً: فهرس الموضوعات.

هذا، ولا أزعم أنني وفَّيتُ بالمراد، ولا أتيتُ بالجديد الذي لم أُسبق إليه، إلا أنني اجتهدتُ قدر استطاعتي في تتبع مفردات الموضوع، وحرصت على حسن عرض مسائله ومناقشتها، ولم أدَّخر وسعاً في التزام أصوب القول وأحكمه؛ فإن حالفني الصواب فالفضل لله وحده، وإن كان غيره، فحسبي صدق نيتي، وأرجو من المولى ﷿ العفو والمغفرة.

كما لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتوجه بجزيل الشكر وجميل العرفان ووافر الامتنان لسعادة المشرف الأستاذ الدكتور أبو بكر لشهب الذي غمرني بأفضاله؛ حيث وجدت منه كل الدعم والتشجيع والثقة وحسن التوجيه، منذ تكرمه بالموافقة على الإشراف لإتمام هذا البحث إلى غاية عرضه للمناقشة؛ فجزاه الله كل خير وبارك في علمه ونفع به.

وكتبه

ابراهيم رحماني

تمهيد

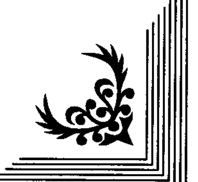
تقتضي طبيعة معالجة موضوع حماية الديون في الفقه الإسلامي التقديم له بجملة نقاط تعدّ ضرورية لحسن المعالجة، وأخذ تصور أكثر وضوحاً لموضوع البحث، وهذه النقاط هي كالآتي:

أولاً: مكانة المال في التشريع الإسلامي.

ثانياً: حقيقة الدين وبيان أسباب ثبوته.

ثالثاً: الأساليب التحفيزية للوفاء بالديون.

رابعاً: أسباب تعثر الديون.

أولاً

مكانة المال في التشريع الإسلامي

لقد خلق الله تعالى الإنسان على نحو لا يستطيع به العيش منعزلاً عن غيره مكتفياً بنفسه، وإنما لا بد له من مخالطة المجتمع يفيد منه ويفيده، ويتأثر به ويؤثر فيه.

وإذا كان الأمر كذلك كان لا بد من وجود معاملات وتصرفات تجري بين الأفراد في المجتمع الواحد، وهذه المعاملات تدور في أغلب الأحوال حول المال، كما في التعامل بالبيع وبالإجارة وبالوصية ونحو ذلك[1].

وإن المتتبع لتعاليم الإسلام من خلال توجيهات القرآن الكريم والسُّنَّة المطهرة يخرج بنتيجة واضحة هي أن الإسلام دين حريص على توفير الحياة الكريمة للذين ينضوون تحت لوائه؛ وليس من ريب في أن كل ما تتوقف عليه الحياة في أصلها وكمالها، وتحصيل السعادة والعزة، فيها من خلال العلم والصحة والقوة، واتساع العمران؛ لا سبيل إلي ذلك كله إلا بالمال، فلا عجب ـ عندئذ ـ أن يكون للمال في التشريع الإسلامي قيمة كبيرة، ومكانة مرموقة.

ولما كان الإسلام يتميز بكونه ديناً عملياً، ينظم بأحكامه مقتضيات الحياة، ويزاوج في الوقت نفسه بين مطالب الروح والجسد بميزان العدل

---

(١) د. محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي (لا.ط؛ القاهرة: دار الفكر العربي، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٦م) ص:١٤٩.

والاستقامة، وقد رسم للروح طريق سعادتها؛ كان من الضروري أن يرسم أيضاً للمادة طريق سعادتها، ويأمر بتحصيل ما فيه خيرها ونفعها. ومن هنا أمر الله تعالى بتحصيل الأموال من الطرق التي تحقق الخير للناس، ويظهر فيها النشاط والعمل والتقلب في الأرض، والسعي لعمارة الكون، ويبرز فيها اختلاط الناس وتعارفهم وتعاونهم وتعميق مبادلة المنافع بينهم(١).

ويمكن توضيح مكانة المال في التشريع الإسلامي من خلال العناصر التالية:

أ ـ التنويه بالمال وبيان فضائله

ومن مظاهر تنويه التشريع الإسلامي بالمال والاعتناء به ما يلي:

● إضافة الله ﷻ المال إليه؛ قال تعالى في محكم التنزيل: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣]، وفي هذا بيان بأن إضافة المال إلى الله تعالى، ووصفه بإيتائه تعالى إياهم، ليحثّهم على الامتثال بالأمر بتحقيق المأمور به؛ فإن ملاحظة وصول المال إليهم من جهته سبحانه ـ مع كونه ﷻ هو المالك الحقيقي له ـ من أقوى الدواعي على صرف المال إلى الجهة المأمور بها(٢).

وقال الله تعالى مقرّراً استخلافه للإنسان في الأموال: ﴿ءَامِنُواْ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَأَنفِقُواْ مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِ ۖ فَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ مِنكُمْ وَأَنفَقُواْ لَهُمْ أَجْرٌ كَبِيرٌ ۝٧﴾ [الحديد: ٧]، فالله ﷻ هو صاحب المال الأول، وما دام المال

---

(١) محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة (ط:١٣؛ القاهرة: دار الشروق، ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٥م) ص: ٢٥٠.

(٢) محمود بن عبد الله الآلوسي ت١٢٧٠هـ، روح المعاني المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م، ١٨/١٥٥ ـ ١٥٦).

ماله فيجب أن يكون خاضعاً لما يقرره بشأنه، ولا يحق للعبد أن يتصرف في هذا المال إلا بما يرضي الله ﷻ، سواء في طريقة اكتسابه، أو في استثماره وتنميته، أو في وجوه صرفه وإنفاقه[1].

وعلى هذا فملكية الناس للأشياء ليست حقيقية؛ لأن الملك لله وحده، ولكن ملكيتهم جاءت بالمعنى الذي بينته أحكام الشريعة لملكية البشر أسباباً واستعمالاً وانتقالاً. وهي ملكية مؤقتة ومقيدة، شرعها الله ﷻ تنظيماً لحياة الناس، وتحقيقاً لانتفاعهم الكامل بما خلقه لهم، بعيداً عن جميع أشكال الصراع والمشاحنة والتزاحم، وانسجاماً مع الفطرة التي فطر الله الناس عليها؛ من رغبتهم في الحيازة، وحرصهم على التملك[2].

● جعل الله تعالى المال قريناً للروح والنفس؛ إذ المال والنفس توأمان في نظر الإسلام، والمتتبع للآيات القرآنية الكريمة التي جمعت بين المال والولد، أو المال والنفس يرى أن المال مقدَّم على النفس والولد في جميع الآيات التي جمعته بهما، لم يتأخر عنهما إلّا مرةً واحدةً في قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ ٱشْتَرَىٰ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُم

---

(١) ينظر: محمد بن جرير الطبري ت٣١٠هـ، جامع البيان في تفسير القرآن (ط:١؛ مصر: المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، ١٣٢٣هـ، تصوير: دار المعرفة ببيروت، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م، ٢٧/ ٣١٧)؛ ومحمود بن عمر الزمخشري ت٥٣٨هـ، الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت، ٤/ ٦١)؛ ومحمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ت٦٧١هـ، الجامع لأحكام القرآن (ط:٢؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٩٦٥م، ١٧/ ٢٣٨)؛ وإسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي ت٧٧٤هـ، تفسير القرآن العظيم (ط:٨؛ بيروت: دار الأندلس، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م، ١/ ٣٠٥)؛ والآلوسي، روح المعاني (٢٧/ ١٦٩).

(٢) د. عبد السلام العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية (ط:١؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م، ١/ ٤٩٩).

﴿بِأَنَّ لَهُمُ ٱلْجَنَّةَ﴾ [التوبة: ١١١]. وهذا التقديم يشعرنا بأهمية المال، وأن له منزلة عظيمة ومكانة رفيعة في النفوس(١).

• اعتبار المال زينة الحياة الدنيا، وأساس العمران، وعليه قوام مصالح الناس؛ وعلى هذا لا ينهى الإسلام عن الاستمتاع بزينة الحياة الدنيا في حدود الطيبات، حيث يعطي للمال القيمة التي تستحقها الزينة، ولا يعتبره في حدّ ذاته قيمة يمكن أن يتفاضل بها الناس، ولا أن يقدروا على أساسه في الحياة، وإنما القيمة الحقيقية للباقيات الصالحات من الأعمال والأقوال والعبادات(٢)، وقد نفى النبي ﷺ اعتبار الغنى الحقيقي في اليد، وأكدّ أنّ محلّه النفس حيث يقول فيما يرويه أبو هريرة(٣) رضي الله عنه: **«لَيْسَ الغِنَى عَنْ كَثْرَةِ العَرْضِ وَلَكِنَّ الغِنَى غِنَى النَّفْسِ»**(٤).

---

(١) د. سعدي حسين علي جبر، الخلافات المالية وطرق حلها في الفقه الإسلامي (ط:١؛ الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع ـ عمان، ١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠٣م) ص:١٦.

(٢) د. سعدي حسين علي جبر، المرجع السابق ص:١٣ ـ ١٤.

(٣) هو عبد الرحمٰن بن صخر الدوسي، قدم على رسول الله ﷺ مهاجراً عام سبع للهجرة، ولازمه حتى لحق بربه، كان أحفظ الصحابة للحديث النبوي وأكثرهم رواية له. توفي بالمدينة سنة ٥٨هـ. (ينظر: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ت٨٥٢هـ، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق: علي محمد البجاوي، ط:١؛ بيروت: دار الجيل، ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م، ٤/ ٣١٦، و٧/ ٤٢٥).

(٤) أخرجه الشيخان: محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي ت٢٥٦هـ، الجامع الصحيح (صحيح البخاري)، ضبط وترقيم وفهرسة: د. مصطفى ديب البغا (لا.ط؛ الجزائر: المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية بالرغاية، ١٩٩٢م)، كتاب الرقاق، باب الغنى غنى النفس، ٥/ ٢٣٦٨؛ ومسلم بن الحجاج القشيري ت٢٦١هـ، صحيح مسلم (الجامع الصحيح)، تحقيق وتصحيح وترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي (ط:١؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٣٧٥هـ ـ ١٩٥٦م)، كتاب الزكاة، باب ليس الغنى عن كثرة العرض (٢/ ٧٢٦).

إن الحياة من حولنا لا تعمر مادياً إلا بتوفر المال، كما أن الحياة الإنسانية لا تعمر إلا بالبنين. ولئن كان أمل الناس عادة أشدّ تعلقاً بالأموال، فإن الباقيات الصالحات خيرٌ ثواباً وخيرٌ أملاً إذا تعلقت بها القلوب، وارتبط بها الرجاء[1]، قال الله تعالى: ﴿ٱلْمَالُ وَٱلْبَنُونَ زِينَةُ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ۖ وَٱلْبَٰقِيَٰتُ ٱلصَّٰلِحَٰتُ خَيْرٌ عِندَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا ﴿٤٦﴾﴾ [الكهف: ٤٦].

وفي هذا المعنى يقول النبي ﷺ فيما يرويه أنس بن مالك[2] رضي الله عنه: **«يَتْبَعُ المَيِّتَ ثَلاثَةٌ فَيَرْجِعُ اثْنَانِ وَيَبْقَى وَاحِدٌ؛ يَتْبَعُهُ أَهْلُهُ وَمَالُهُ وَعَمَلُهُ، فَيَرْجِعُ أَهْلُهُ وَمَالُهُ، وَيَبْقَى عَمَلُهُ»**[3].

• امتنان الله تعالى على عباده بنعمة المال، واعتباره من أكبر النعم التي أكرم بها الإنسان، قال تعالى: ﴿وَإِن تَعُدُّوا۟ نِعْمَةَ ٱللَّهِ لَا تُحْصُوهَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ لَغَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿١٨﴾﴾ [النحل: ١٨]، حتى إنّ المولى عز وجل يَمتنّ على رسوله الكريم ﷺ بالغنى فيوجِّه له خطاب الامتنان قائلاً في محكم التنزيل: ﴿وَوَجَدَكَ عَآئِلًا فَأَغْنَىٰ ﴿٨﴾﴾ [الضحى: ٨]، كما يثبت سبحانه امتنانه على بني إسرائيل فيقول معدداً نعمه الوفيرة عليهم: ﴿ثُمَّ رَدَدْنَا لَكُمُ ٱلْكَرَّةَ عَلَيْهِمْ وَأَمْدَدْنَٰكُم بِأَمْوَٰلٍ وَبَنِينَ وَجَعَلْنَٰكُمْ أَكْثَرَ نَفِيرًا ﴿٦﴾﴾ [الإسراء: ٦].

---

(١) د. يوسف القرضاوي، دور القيم والأخلاق في الاقتصاد الإسلامي (ط:١؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٢٢هـ ـ ٢٠٠٢م) ص:٩٧.

(٢) هو أنس بن مالك بن النضر، أبو حمزة الأنصاري الخزرجي، ولد عام ١٠قهـ، صاحب رسول الله ﷺ وخادمه إلى أن قبض. رحل إلى دمشق، ومنها إلى البصرة، فمات بها آخر من مات بها من الصحابة سنة ٩٣هـ. (ابن حجر، المرجع السابق: ١/ ١٢٦).

(٣) أخرجه الشيخان: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الرقائق، باب سكرات الموت (٥/ ٢٣٨٨)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب الزهد والرقائق، باب رقم (١)، (٤/ ٢٢٧٣).

وروي أن النبي ﷺ قال لعمرو بن العاص[1] رضي الله عنه: «**يَا عَمْرُو؛ نِعِمّاً[2] بِالمَالِ الصَّالِحِ لِلْمَرْءِ الصَّالِحِ**»[3]، وقال أيضاً فيما يرويه أبو هريرة رضي الله عنه: «**مَا نَفَعَنِي مَالٌ قَطُّ، مَا نَفَعَنِي مَالُ أَبِي بَكْرٍ[4]**»[5]، وكان من

---

(١) هو عمرو بن العاص بن وائل القرشي أبو عبد الله، أمير مصر، أسلم قبل الفتح في صفر سنة ثمان وقيل بين الحديبية وخيبر، قال ابن حجر: قد عاش بعد عمر رضي الله عنه عشرين سنة. (ينظر: ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة ٤/ ٦٥٠).

(٢) نِعْمَ: فعل غير متصرِّف لإنشاء المدح قال تعالى: ﴿نِعْمَ ٱلْعَبْدُ إِنَّهُۥٓ أَوَّابٌ﴾، وتلحق به ما كما في التنزيل: ﴿إِن تُبْدُوا۟ ٱلصَّدَقَـٰتِ فَنِعِمَّا هِىَ﴾. (د. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، ط:٢؛ القاهرة: مجمع اللغة العربية، ١٣٩٢هـ ـ ١٩٧٢م، ٢/ ٩٧٥).

(٣) أخرجه: أحمد بن حنبل ت٢٤١هـ، المسند (لا.ط؛ مصر: مؤسسة قرطبة، د.ت، ٤/ ١٩٧)؛ ومحمد بن حبان البستي ت٣٥٤هـ، صحيح ابن حبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط (ط:٢؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٣م)، كتاب الزكاة باب جمع المال من حلّه...، ٨/ ٦؛ ومحمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري ت٤٠٥هـ، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا (ط:١؛ بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ ـ ١٩٩٠م) كتاب البيوع، ٢/ ٣، وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه»، وقال علي بن أبي بكر الهيثمي: «رجال أحمد وأبي يعلى رجال الصحيح» (الهيثمي، مجمع الزوائد، لا.ط؛ بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤٠٧هـ، ٩/ ٣٥٣).

(٤) هو عبد الله بن أبي قحافة، أبو بكر الصديق، أول من أسلم من الرجال، صاحب رسول الله ﷺ ورفيقه في هجرته، وصهره، وخليفته من بعده، توفي سنة ١٣هـ. (ينظر: عبد الرحمٰن بن علي بن الجوزي ت٥٩٧هـ، صفة الصفوة، تحقيق: محمود فاخوري، ط:١؛ حلب: دار الوعي، ١٣٨٩هـ، ١/ ٢٣٥ وما بعدها؛ وابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة ٤/ ١٦٩)

(٥) أخرجه: محمد بن يزيد بن ماجه القزويني ت٢٧٥هـ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت)، باب في فضائل أصحاب رسول الله ﷺ، ١/ ٣٦؛ وأحمد، المسند (٢/ ٢٥٣)؛ وابن حبان، =

دعائه ﷺ فيما يرويه عبد الله بن مسعود[(١)] رضي الله عنه: «**اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ الهُدَى وَالتُّقَى وَالعَفَافَ وَالغِنَى**»[(٢)]، وكان رسول الله ﷺ يكثر من الاستعاذة من الفقر ويجعله قرين الكفر؛ من ذلك ما رواه عنه أنس بن مالك رضي الله عنه: «**اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ مِنَ الفَقْرِ وَالكُفْرِ**»[(٣)]، وقال ﷺ لسعد بن أبي وقاص[(٤)] رضي الله عنه: «**إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ**»[(٥)]، ويصف رسول الله ﷺ المال فيما يرويه

= صحيح ابن حبان، كتاب إخباره ﷺ عن مناقب الصحابة، باب ذكر البيان بأن المصطفى ما انتفع بمال أحد ما انتفع بمال أبي بكر (١٥/ ٢٧٣).

(١) هو عبد الله بن مسعود الهذلي، أبو عبد الرحمٰن، من السابقين إلى الإسلام، هاجر الهجرتين، وأحد العشرة المبشرين بالجنة، ومن أبرز فقهاء الصحابة وحفظة القرآن الكريم، توفي سنة ٣٢هـ. (ينظر: ابن الجوزي، صفة الصفوة ١/ ٣٩٥؛ وابن حجر، الإصابة ٤/ ٢٣٣).

(٢) أخرجه: مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب التعوذ من شر ما عمل... (٤/ ٢٠٨٧).

(٣) أخرجه: أحمد بن الحسين البيهقي ت٤٥٨هـ، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا (لا. ط؛ مكة المكرمة: مكتبة دار الباز، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م)، كتاب قسم الصدقات، باب ما يستدل به على أن الفقير أمس حاجة من المسكين، ٧/ ١٢؛ والحاكم، المستدرك على الصحيحين (١/ ٧١٢)، وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه».

(٤) هو سعد بن مالك بن أهيب، أبو إسحاق بن أبي وقاص، صحابي من السابقين وأحد العشرة المبشرين بالجنة وآخرهم وفاة، كان أحد الفرسان وهو أول من رمى بسهم في سبيل الله، كما أنه أحد الستة أهل الشورى، وقد تولى قيادة جيش فتح العراق، كما تولى إمرة الكوفة. توفي سنة ٥١هـ (ينظر: ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة ٣/ ٧٣ وما بعدها).

(٥) هو جزء من حديث طويل أخرجه الشيخان: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب فضائل الصحابة، باب قول النبي ﷺ: اللهم أمض لأصحابي هجرتهم، ومرثيته لمن مات بمكة (٣/ ١٤٣١)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث (٣/ ١٢٥١).

ابن مسعود رضي الله عنه فيقول: «**لَا حَسَدَ إِلَّا فِي اثْنَتَيْنِ**» وذكر منها: «**رَجُلٌ أَتَاهُ اللهُ مَالاً فَسَلَّطَهُ عَلَى هَلَكَتِهِ فِي الحَقِّ**»[1].

إن المال من أعظم النعم إذا استعمل في الطرق المشروعة بأن يؤخذ بحقه ويوضع في حقه ويستهلك في الحق؛ فالمال فضل الله ورزقه يقول سبحانه: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِي ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ وَٱذْكُرُواْ ٱللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿١٠﴾﴾ [الجمعة: ١٠]، ﴿هُوَ ٱلَّذِي جَعَلَ لَكُمُ ٱلْأَرْضَ ذَلُولًا فَٱمْشُواْ فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُواْ مِن رِّزْقِهِۦ وَإِلَيْهِ ٱلنُّشُورُ ﴿١٥﴾﴾ [الملك: ١٥].

• إن المال في التشريع الإسلامي ليس غاية في ذاته، وإنما هو وسيلة من وسائل تسهيل تبادل المنافع وقضاء الحوائج، والذي يستخدمه في هذا السبيل يكون المال في يده خيراً له وللمجتمع، وقد سمّى القرآن الكريم المال «خَيْراً» في عدة مواضع من سوره؛ كقوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُۥ لِحُبِّ ٱلْخَيْرِ لَشَدِيدٌ ﴿٨﴾﴾ [العاديات: ٨]؛ أي: لحبّ المال، وقوله سبحانه: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ قُلْ مَآ أَنفَقْتُم مِّنْ خَيْرٍ فَلِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ وَمَا تَفْعَلُواْ مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ بِهِۦ عَلِيمٌ ﴿٢١٥﴾﴾ [البقرة: ٢١٥]، وقوله أيضاً: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴿١٨٠﴾﴾ [البقرة: ١٨٠]، فسمّى الله تعالى المال في هذه المواضع خيراً؛ لأنه يعين على حسن الارتقاء بالنفس، وتعميق الصلة بالله تعالى، والإحسان إلى خلقه؛ وبهذا يتضح كون المال وسيلة إلى الخير، وما أدى إلى الخير فهو خير[2].

---

(١) أخرجه الشيخان: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الزكاة، باب إنفاق المال في حقه (٢/ ٥١٠)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب فضل من يقوم بالقرآن... (١/ ٥٥٩).

(٢) د. يوسف القرضاوي، دور القيم والأخلاق في الاقتصاد الإسلامي ص: ٩٤.

ب ـ اعتبار حفظ المال من مقاصد التشريع الضرورية

يهدف التشريع الإسلامي من خلال أحكامه إلى تحقيق جملة من المقاصد والتي هي «المعاني والحِكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها»[1]، كما يراد بها أيضاً: «الغايات التي وُضعت الشريعةُ لأجل تحقيقها، لمصلحة العباد»[2].

وإذا كانت مقاصد التشريع تهدف إلى تحقيق كل ما فيه مصلحة للناس في دنياهم وأخراهم بإرشادهم إلى وسائل تحصيلها، واستبعاد كل ما يسبب ضرراً وفساداً؛ فإن المصالح المقصودة في الشرع تعنى في المقام الأول بالأمور الضرورية المتمثلة في الدين والنفس والعقل والنسل والمال، والتي لا غنى للناس عنها ولا تقوم حياتهم بدونها. كما تعنى بالدرجة الثانية بالأمور الحاجية التي تهدف إلى تحقيق اليسر والسهولة وبدونها يقع الناس في المشقة والحرج، كما تعنى في المقام الأخير بالأمور التحسينية التي تكمّل وتجمّل الحياة من مكارم الأخلاق ومحاسن العادات.

ولما كان المال ضرورياً في حياة الإنسان ليس بإمكانه الاستغناء عنه، في تحصيل قوته اليومي وفي اكتساب لباسه، وفي توفير مسكنه؛ فقد وضع الله سبحانه له التشريع المناسب الذي يكفل تحقيق المصالح المالية في حالات الكسب والإنفاق والتصرف[3].

---

(١) محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية (لا.ط؛ تونس: مصنع الكتاب، ١٩٨٥م) ص: ٥١.

(٢) د. أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي (ط:١؛ مصر: دار الكلمة ـ المنصورة، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م) ص: ٧.

(٣) د. يوسف حامد العالم، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية (ط:٢؛ الولايات المتحدة الأمريكية: المعهد العالمي للفكر الإسلامي بـ: هيرندن، فرجينيا، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٤م) ص: ٤٧٥.

والذي يمعن النظر في أحكام التشريع الإسلامي يجد أنها أولت مقصد حفظ المال عناية خاصة سواء من جانب الوجود أو من جانب العدم؛ فمن جانب الوجود جعل الإسلام المال من الضروريات التي لا تستقيم مصالح الدنيا والآخرة إلا به، فالفرد يحتاج إليه لحفظ حياته المتوقفة على الطعام والشرب واللباس والمسكن، ولا يمكن توفير كل ذلك إلا بواسطة المال. وكذلك الأمة تحتاج إلى المال لتحفظ كيانها وحرمتها من خلال الجهاد في سبيل الله وحماية الأوطان، ولا يمكن تحقيق ذلك إلا عن طريق المال؛ ولذلك حرص الإسلام على دعوة المؤمنين إلى اكتساب المال وتوفيره، كما أنه اعتبر أدوات المعاملات من بيع وإجارة وسلم ومضاربة ومساقاة وغير ذلك من المصالح الحاجية التي تحقق للناس اليسر والسهولة وترفع عنهم الحرج والمشقة، كما دعَّم ذلك كله بالدعوة إلى التيسير في التعامل مما يذلل المصاعب ويسهّل للناس حياتهم الدنيوية، كما جعل الإسلام تلك المعاملات معللة بالمصالح ليقاس عليها بما يفتح مجالات واسعة من المرونة وتوفير البدائل المشروعة الملائمة(١).

وأما من جانب العدم في حفظ الأموال فقد حرّم الإسلام جميع صور الاعتداء على المال، حيث يقول الله تعالى في محكم التنزيل: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا ۖ وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴿١٠﴾﴾ [النساء: ١٠]، كما منع الله سبحانه من إضاعة المال وتبذيره؛ فقال جل شأنه: ﴿وَءَاتِ ذَا ٱلْقُرْبَىٰ حَقَّهُۥ وَٱلْمِسْكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا ﴿٢٦﴾ إِنَّ ٱلْمُبَذِّرِينَ كَانُوٓا۟ إِخْوَٰنَ ٱلشَّيَٰطِينِ ۖ وَكَانَ ٱلشَّيْطَٰنُ لِرَبِّهِۦ كَفُورًا ﴿٢٧﴾﴾ [الإسراء: ٢٦، ٢٧]، وقال تعالى: ﴿يَٰبَنِىٓ ءَادَمَ خُذُوا۟ زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَكُلُوا۟ وَٱشْرَبُوا۟

---

(١) د. محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية (ط:١؛ الأردن: دار النفائس ـ عمّان، ١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠٤م) ص:٣١ ـ ٣٢.

﴿وَلَا تُسْرِفُوٓاْ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلْمُسْرِفِينَ ﴿٣١﴾﴾ [الأعراف: ٣١]، كما أن الإسلام أوجب الضمان على من أتلف مالاً لغيره بتقصير منه وتهاون؛ ففي حديث سُمرة بن جُندب[١] رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ**»[٢].

وأجاز الإسلام لمن يتعرض لعدوان على ماله أن يقاتل المعتدي، حيث يقول الرسول ﷺ فيما يرويه عبد الله بن عمرو[٣] رضي الله عنهما: «**مَنْ قُتِلَ دُونَ مَالِهِ فَهْوَ شَهِيدٌ**»[٤]، وفي رواية أخرى: «أَرَأَيْتَ إِنْ جَاءَ رَجُلٌ يُرِيدُ أَخْذَ مَالِي؟ قَالَ: **فَلَا تُعْطِهِ**. قَالَ: أَرَأَيْتَ إِنْ قَاتَلَنِي؟ قَالَ: **فَاقْتُلْهُ**، قَالَ:

---

(١) هو سُمرة بن جُندب بن هلال الفزاري، أبو سليمان، صحابي جليل، قال ابن إسحاق: كان من حلفاء الأنصار قدمت به أمه بعد موت أبيه فتزوجها رجل من الأنصار. نزل البصرة وكان شديداً على الخوارج، توفي سنة ٥٨هـ وقيل سنة ٥٩هـ وقيل في أوائل سنة ٦٠هـ. (ينظر: ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة ٣/ ١٧٨).

(٢) أخرجه: محمد بن عيسى الترمذي ت٢٧٩هـ، الجامع الصحيح (سنن الترمذي)، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون (لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت) كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، ٣/ ٥٦٦، من حديث قتادة عن الحسن عن سمرة بلفظ: «ثم على اليد ما أخذت حتى تؤدي» قال قتادة: ثم نسي الحسن فقال: «فهو أمينك لا ضمان عليه، يعني العارية»، وقال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح»؛ كما أخرج الحديث بهذا اللفظ، وكذا باللفظ المثبت في المتن أعلاه: محمد بن سلامة القضاعي ت٤٥٤هـ، مسند الشهاب، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي. (ط: ٢؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٦م) ١/ ١٨٩.

(٣) هو عبد الله بن عمرو بن العاص السهمي القرشي، صحابي جليل، أسلم قبل أبيه، وكان من أكثر الصحابة عبادة ومن علمائهم. توفي سنة ٦٥هـ. (ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة ٤/ ١٩٢).

(٤) أخرجه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب المظالم، باب من قاتل دون ماله (٢/ ٨٧٧).

أَرَأَيْتَ إِنْ قَتَلَنِي؟ قَالَ: **فَأَنْتَ شَهِيدٌ**. قَالَ: أَرَأَيْتَ إِنْ قَتَلْتُهُ؟ قَالَ: **هُوَ فِي النَّارِ**»[(١)].

ج ـ تقرير الوظيفة الاجتماعية للأموال

يقرّر التشريع الإسلامي للأموال وظيفتها الاجتماعية؛ ويتجلى ذلك من خلال إسناد المولى ﷻ ملكية الأموال له سبحانه كما في قوله: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣]، كما يثبت ﷻ أنه خلق تلك الأموال لمنفعة الناس جميعهم كما في قوله: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا. . .﴾ [البقرة: ٢٩]. ويؤكد المولى سبحانه حقيقة استخلافه الإنسان في تلك الأموال فيقول: ﴿ءَامِنُواْ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَأَنفِقُواْ مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِ. . .﴾ [الحديد: ٧].

وإن من أهم فوائد تركيز القرآن الكريم على ملكية الله للأموال أن يعلم الناس وهم يحوزونها ويتملكونها، أنها في الحقيقة ليست ملكية خالصة لهم، وأن سلطتهم عليها محدودة، وهم ليسوا إلا مستخلفين فيها؛ فلا يتجبرون، ولا يغترون، ولا يظلمون ولا يستغلون، إنما يتقيدون بأوامر الله تعالى المالك الحقيقي، ويعملون بمقتضاها[(٢)].

وإذا كان الإنسان في حقيقة أمره مستخلفاً في الأموال، فإن طبيعة تلك الخلافة تفيد وجود ملكية خاصة للمالك، وأخرى عامة للمجتمع، وإن الأموال التي تدخل في نطاق الملكيات الخاصة لا تفقد وظيفتها الاجتماعية؛ فالآيات القرآنية الكريمة تؤكد تلك الوظيفة بعدة طرق منها ما يأتي:

---

(١) أخرجه: مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الإيمان، باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه وإن قتل كان في النار وأن من قتل دون ماله فهو شهيد، (١/ ١٢٤).

(٢) د. عبد السلام العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية (١/ ٤٩٩).

١ ـ إضافة المال الخاص إلى الجماعة:

ويتجلى إضافة المال الخاص إلى الجماعة من خلال قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ وَقُولُوا۟ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ۝٥﴾ [النساء: ٥]، فهذه الآية الكريمة قد نسبت الأموال إلى الجماعة رغم أنها أموال السفهاء من حيث التعامل؛ مما يدل على أن المال في أصله للمجتمع كله، والفرد موظف فيه لمصلحة المجتمع[(١)].

وقال الله تعالى أيضاً: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]؛ فجعل سبحانه الأموال المأخوذة بغير وجه حق مالاً للجماعة لا يجوز لها أن تتركه لإفساد السفه ويحرم عليها أكله بالباطل[(٢)].

٢ ـ تحريم عزل المال عن وظيفته الاجتماعية:

ولقد أكد القرآن الكريم النهي والتحذير من عزل الأموال عن وظائفها الاجتماعية من خلال تحريمه إفساد المال بالتبذير والإسراف كما في قوله تعالى بشأن المبذرين: ﴿إِنَّ ٱلْمُبَذِّرِينَ كَانُوٓا۟ إِخْوَٰنَ ٱلشَّيَـٰطِينِ ۖ وَكَانَ ٱلشَّيْطَـٰنُ لِرَبِّهِۦ كَفُورًا ۝٢٧﴾ [الإسراء: ٢٧]، وقوله سبحانه في بيان سوء عاقبة المترفين: ﴿وَكَمْ قَصَمْنَا مِن قَرْيَةٍ كَانَتْ ظَالِمَةً وَأَنشَأْنَا بَعْدَهَا قَوْمًا ءَاخَرِينَ ۝١١ فَلَمَّآ أَحَسُّوا۟ بَأْسَنَآ إِذَا هُم مِّنْهَا يَرْكُضُونَ ۝١٢ لَا تَرْكُضُوا۟ وَٱرْجِعُوٓا۟ إِلَىٰ مَآ أُتْرِفْتُمْ فِيهِ وَمَسَـٰكِنِكُمْ لَعَلَّكُمْ تُسْـَٔلُونَ ۝١٣ قَالُوا۟ يَـٰوَيْلَنَآ إِنَّا كُنَّا ظَـٰلِمِينَ ۝١٤ فَمَا زَالَت تِّلْكَ دَعْوَىٰهُمْ حَتَّىٰ جَعَلْنَـٰهُمْ حَصِيدًا خَـٰمِدِينَ ۝١٥﴾ [الأنبياء: ١١ ـ ١٥]. كما ورد

---

(١) د. عبد السلام العبادي، المرجع السابق (١/ ٥١٤).

(٢) عبد المقصود عبد القادر شلتوت، «نظرية التعسف في استعمال الحق»، أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية المنعقد في دمشق من ١٦ إلى ٢١ شوال ١٣٨٠هـ الموافق لـ: من ١ إلى ٦ أبريل ١٩٦١م. (الجمهورية العربية المتحدة: مطبوعات المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية ـ القاهرة، ١٣٨٢هـ ـ ١٩٦٣م) ص: ١٥٠.

النهي عن حبس المال بالاكتناز والشحّ في قوله سبحانه: ﴿وَٱلَّذِينَ يَكْنِزُونَ ٱلذَّهَبَ وَٱلْفِضَّةَ وَلَا يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ ﴿٣٤﴾ يَوْمَ يُحْمَىٰ عَلَيْهَا فِي نَارِ جَهَنَّمَ فَتُكْوَىٰ بِهَا جِبَاهُهُمْ وَجُنُوبُهُمْ وَظُهُورُهُمْ هَٰذَا مَا كَنَزْتُمْ لِأَنفُسِكُمْ فَذُوقُوا مَا كُنتُمْ تَكْنِزُونَ﴾ [التوبة: ٣٤، ٣٥]، ويقول أيضاً: ﴿وَلَا يَحْسَبَنَّ ٱلَّذِينَ يَبْخَلُونَ بِمَآ ءَاتَىٰهُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ هُوَ خَيْرًا لَّهُم بَلْ هُوَ شَرٌّ لَّهُمْ سَيُطَوَّقُونَ مَا بَخِلُوا بِهِۦ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ وَلِلَّهِ مِيرَٰثُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿١٨٠﴾﴾ [آل عمران: ١٨٠].

ولقد أكّد المولى عز وجل الدعوة إلى الإنفاق في سبيله بصرف المال في الوجوه المختلفة للمصالح العامة في قوله سبحانه: ﴿وَأَنفِقُوا فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوٓا إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُحْسِنِينَ ﴿١٩٥﴾﴾ [البقرة: ١٩٥].

٣ ـ تدخل الدولة لحماية حق المجتمع:

إن القاعدة العامة في أحكام التعامل في التشريع الإسلامي أنه لا يجوز لأي كان أن يتعرض للناس في أموالهم؛ وعلى هذا قررت الشريعة جملة أحكام لصيانة الأموال وحمايتها لصالح أصحابها تحفظهم من كل أنواع الغصب والاعتداء[١]، كما منحت للدولة الحق لأن تتدخل بأجهزتها المختصة لحماية حق المجتمع والمتمثل في الوظيفة الاجتماعية للأموال.

ومن أهم صور تدخل الدولة لحماية حق المجتمع في الأموال ما يأتي:

● حق أخذ مال الزكاة ولو باستعمال القوة عند الضرورة[٢]، قال الله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا﴾ [التوبة: ١٠٣]،

---

(١) د. عبد السلام العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية (٢/ ٣٣٢).

(٢) ينظر: د. يوسف القرضاوي، فقه الزكاة (ط: ٢٠؛ الجزائر: مكتبة رحاب، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م، ١/ ٩١ ـ ٩٧).

وقال أيضاً: ﴿وَءَاتُواْ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾ [الأنعام: ١٤١]، وورد عن النبي ﷺ أنه قال عن الزكاة فيما يرويه بهز بن حكيم عن أبيه عن جده[(١)]: «**مَنْ أَعْطَاهَا مُؤْتَجِراً فَلَهُ أَجْرُهُ، وَمَنْ مَنَعَهَا فَإِنَّا آخِذُوهَا وَشَطْرَ مَالِهِ، عَزْمَةً مِنْ عَزَمَاتِ رَبِّنَا، لَا يَحِلُّ لآلِ مُحَمَّدٍ مِنْهَا شَيْءٌ**»[(٢)]. كما أعلن الخليفة الأول لرسول الله ﷺ أبو بكر الصديق رضي الله عنه الحرب على مانعي الزكاة، وقامت تلك الحرب بقيادة كبار الصحابة رضوان الله عنهم من

---

(١) بهز بن حكيم بن معاوية بن حيدة بن معاوية بن كعب القشيري، أبو عبد الملك، صدوق من الطبقة السادسة، مات قبل ١٥٠هـ (ينظر: ابن حجر العسقلاني ت٨٥٢هـ، تقريب التهذيب. ط:١؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٦م، ص:٦٧)، ووالد بهز (حكيم بن معاوية): صدوق من الثالثة (ينظر: ابن حجر، المرجع نفسه، ص:١١٦)، وجدّ بهز (معاوية بن حيدة): صحابي جليل. قال البغوي: نزل البصرة، وقال ابن سعد: له وفادة وصحبة، وقال البخاري: سمع النبي ﷺ، ومات بخراسان. (ينظر: ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة: ٦/١٤٩؛ وتقريب التهذيب، ص:٤٦٩).

(٢) أخرجه: أحمد بن حنبل، المسند (٥/٢)؛ وأبو داود سليمان بن الأشعث ت٢٧٥هـ، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت) كتاب الزكاة، باب في زكاة السائمة، ٢/١٠١؛ وأحمد بن شعيب النسائي ت٣٠٣هـ، المجتبى من السنن، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، (ط:٢؛ حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م) كتاب الزكاة، باب عقوبة مانع الزكاة، ٥/١٦؛ ومحمد بن إسحاق بن خزيمة السلمي ت٣١١هـ، صحيح ابن خزيمة، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي (لا.ط؛ بيروت: المكتب الإسلامي، ١٣٩٠هـ ـ ١٩٧٠م) كتاب الزكاة، باب ذكر الدليل على أن الصدقة إنما تجب في الإبل والغنم في سوامها، ٤/١٤؛ وعبد الله بن عبد الرحمٰن الدارمي ت٢٥٥هـ، سنن الدارمي، تحقيق: فواز أحمد زمرلي وخالد السبع العلمي (ط:١؛ بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤٠٧هـ) كتاب الزكاة، باب ليس في عوامل الإبل صدقة، ١/٤٨٦.

أجل ضمان حقوق الفقراء والمحرومين، إلى درجة أن أعلن الخليفة الصديق في الناس قولته المشهورة فيما يرويه أبو هريرة رضي الله عنه: «والله لأقاتلنَّ من فرَّق بين الصّلاة والزّكاة، فإن الزّكاة حق المال، والله لو منعوني عَنَاقاً[1] كانوا يؤدونها إلى رسول الله ﷺ لقاتلتهم على منعها»[2].

● حق فرض الضرائب التي تتطلبها المصلحة العامة، والضريبة في حقيقتها عبارة عن مبلغ نقدي يلتزم الأفراد بأدائه إلى الدولة، تبعاً لمقدرتهم على الدفع، بغضّ النظر عن المنافع التي تعود عليهم من وراء الخدمات التي تؤديها السلطات العامة، وتستخدم حصيلة الضرائب في تغطية النفقات العامة[3].

ولقد أجاز جمهور الفقهاء من الأئمة الأربعة فرض الضرائب، استناداً لقول الله تعالى: ﴿لَّيْسَ ٱلْبِرَّ أَن تُوَلُّوا۟ وُجُوهَكُمْ قِبَلَ ٱلْمَشْرِقِ وَٱلْمَغْرِبِ وَلَٰكِنَّ ٱلْبِرَّ مَنْ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَٱلْمَلَٰٓئِكَةِ وَٱلْكِتَٰبِ وَٱلنَّبِيِّـۧنَ وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ وَٱلسَّآئِلِينَ وَفِى ٱلرِّقَابِ وَأَقَامَ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَى ٱلزَّكَوٰةَ...﴾ [البقرة: ١٧٧]، فقوله: ﴿وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ﴾ يدل على أن في المال حقاً سوى الزكاة[4]، ولحديث فاطمة بنت قيس[5] رضي الله عنها

(١) العَنَاقُ: الأنثى من ولد المعز قبل استكمالها الحول. (أحمد بن محمد الفيومي ت٧٧٠هـ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ط:١؛ بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م، ٢/ ٤٣٢ مادة: ع ن ق).

(٢) أخرجه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الزكاة، باب وجوب الزكاة (٢/ ٥٠٧).

(٣) ينظر: د. محمد عبد المنعم الجمال، موسوعة الاقتصاد الإسلامي (ط:٢؛ بيروت: دار الكتب الإسلامية، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م) ص:٦٧٩؛ ود. عبد السلام العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية (٢/ ٣٣٨).

(٤) د. محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية ص:١٧٨.

(٥) فاطمة بنت قيس بن خالد القرشية الفهرية، أخت الضحاك بن قيس الأمير، وكانت أسن منه، روت عن النبي ﷺ. قال ابن عبد البر: كانت من =

أنها سمعت النبي ﷺ يقول: «**فِي المَالِ حَقٌّ سِوَى الزَّكَاةِ**»[1].

لكن الحكم بجواز فرض الضرائب على الناس مقيد بجملة شروط، أهمها: أن يتمّ فرض الضرائب من قبل سلطة شرعية، وأن تقوم حاجات حقيقية تتطلب توفر المال لأجل الدفاع عن حرمة البلاد، وسدِّ نفقات الدولة، وغير ذلك من فروض الكفاية، وأن يتأكد خلوّ خزينة الدولة (بيت المال) من الأموال الكافية التي تمكِّن من القيام بتلك الحاجات، كما يجب أن يراعى في فرض الضرائب القدر المطلوب الذي يكفي لسد الحاجات، وقد بين علماء الشريعة أن للحاكم أن يختار في سبيل ذلك ما يراه مناسباً وصالحاً من الطرق والوسائل[2].

● حقّ الحجر على السفهاء ومنعهم من التصرف في الأموال، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا . . .﴾ [النساء: ٥]، فقد قرّر التشريع الإسلامي الحجر على بعض الناس مراعاة لمصلحتهم، كما في الحجر على الصبي (غير البالغ) والمجنون، فيحفظ

= المهاجرات الأول، وكانت ذات جمال وعقل، وفي بيتها اجتمع أصحاب الشورى (ابن حجر، تهذيب التهذيب، ط:١؛ بيروت: دار الفكر، ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م، ١٢/ ٤٧١).

(١) أخرجه: الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الزكاة، باب ما جاء أن في المال حق سوى الزكاة (٣/ ٤٨)؛ وابن ماجه، السنن، كتاب الزكاة، باب ما أدي زكاته ليس بكنز (١/ ٥٧٠)؛ وعلي بن عمر الدارقطني ت٣٨٥هـ، سنن الدارقطني، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، ١٣٨٦هـ ـ ١٩٦٦م) كتاب الزكاة، باب ما أدي زكاته فليس بكنز، ٢/ ١٠٧.

(٢) د. عبد السلام العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية (٢/ ٣٤٣ ـ ٣٥٦)؛ ود. عبد الكريم زيدان، القيود الواردة على الملكية الفردية للمصلحة العامة في الشريعة الإسلامية (ط:١؛ الأردن: جمعية عمال المطابع التعاونية بعمان، ١٤٠٢هـ ـ ١٩٨٢م) ص:٩٩ ـ ١٠٢؛ ود. محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات ص:١٧٩.

الحجرُ عليهما مالَهما، ومراعاة لمصلحة الورثة من جهة أخرى، كما في الحجر على المريض مرض الموت، ومراعاة لمصلحة المجتمع من ناحية ثالثة، كما في الحجر على المفلس أو السفيه(١).

وقد اتفق الفقهاء على أن الصبي والمجنون يحجر عليهما، واختلفوا في الحجر على البالغ السفيه؛ فذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبان من الحنفية إلى جواز الحجر عليه؛ لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...﴾ [النساء: ٦]؛ فالآية الكريمة تشترط لدفع المال إليه البلوغ والرشد، وهو القدرة على التصرف في المال(٢).

في حين ذهب أبو حنيفة(٣) إلى عدم جواز الحجر على من بلغ خمساً وعشرين سنة ولو كان سفيهاً؛ لأن الرشد لا ينفكّ عنه إلّا نادراً(٤)، وعملاً

---

(١) د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق ص:١٦١.

(٢) ينظر: أبو بكر بن العربي ت٥٤٣هـ، أحكام القرآن، تحقيق: علي محمد البجاوي (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت) ١/٣٢٢؛ وعلي بن محمد الطبري المعروف بالكيا الهراسي ت٥٠٤هـ، أحكام القرآن (ط:٢؛ بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م) ٢/٣٠٩ ـ ٣١٠؛ وعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ت٦٢٠هـ، المغني، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ود. عبد الفتاح محمد الحلو (ط:٥؛ الرياض: دار عالم الكتب، ١٤٢٦هـ ـ ٢٠٠٥م) ٤/٢٩٦.

(٣) هو النعمان بن ثابت بن زوطى، أبو حنيفة، الإمام الكبير، أحد أئمة المذاهب الفقهية الأربعة، وإليه ينسب الحنفية، ولد بالكوفة عام ٨٠هـ ونشأ بها، وتفقه على حماد بن أبي سليمان، أخذ عنه الفقه كثيرون منهم: أبو يوسف، محمد بن الحسن، وزفر. توفي سنة ١٥٠هـ. (أحمد بن محمد بن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق: د. إحسان عباس، لا.ط؛ بيروت: دار صادر، ١٣٩٧هـ ـ ١٩٧٧م، ٢/ ٢٥٠).

(٤) ينظر: أحمد بن محمد الطحاوي ت٣٢١هـ، مختصر الطحاوي، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني (ط:١؛ بيروت: دار إحياء العلوم، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م) =

بقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ...﴾ [الأنعام: ١٥٢]، وهذا قد بلغ أشده ويصلح أن يكون جدّاً[(١)].

والظاهر أن قول الجمهور من وجوب الحجر على السفيه البالغ هو الراجح في المسألة تمسكاً بظاهر الآية الكريمة التي اشترطت في جواز دفع المال شرطين: البلوغ، وإيناس الرشد؛ ومن كان مسرفاً مضيعاً لماله لم يؤنس منه الرشد، فلا يجوز دفع المال إليه ولو بلغ أرذل العمر؛ لأن علة إبقاء الحجر عليه هي عدم القدرة على إدارة شؤونه المالية[(٢)].

• حق التدخّل لمنع الإضرار العام الناتج عن ممارسة الاحتكار التجاري، وهو حبس مال أو منفعة أو عمل والامتناع عن بيعه أو بذله، مع شدة حاجة الناس إليه، طمعاً في غلاء سعره بصفة جدّ مرتفعة وغير معتادة، أو ينعدم وجوده في مظانه[(٣)]؛ وما دام المحتكر يتصرّف في أمواله تصرفاً يعود على المجتمع بالضرر الكبير، فقد نهى الإسلام عن الاحتكار وحرّمه وجرّم فاعله، وأجاز للحاكم أن يبيع عليه ما احتكره بثمن المثل، أو يسعّر عليه ويجبره على البيع بالسعر المحدد، كما له أن

= ص:٩٧؛ وأبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص ت٣٧٠هـ، أحكام القرآن (بيروت: دار الكتاب العربي؛ طبعة مصورة عن الطبعة الأولى؛ تركيا: مطبعة الأوقاف الإسلامية، ١٣٣٥هـ، ١/ ٤٨٩)؛ وعلاء الدين الكاساني ت٥٨٧هـ، بدائع الصنائع (ط:١؛ بيروت: دار الفكر، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٦م) ٧/ ١٦٩.

(١) ابن قدامة، المغني (٤/ ٢٩٦).

(٢) ينظر: عبد الوهاب بن علي البغدادي ت٤٢٢هـ، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق: الحبيب بن طاهر، (ط:١؛ بيروت: دار ابن حزم، ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م) ٢/ ٥٩٣؛ وإبراهيم بن علي الشيرازي ت٤٧٦هـ، المهذب (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت) ١/ ٣٣٠؛ وابن قدامة، المغني ـ مرجع سابق ـ (٤/ ٢٩٦).

(٣) د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله (ط:١؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م) ١/ ٤٤٧.

يعزِّره بما يراه مناسباً زاجراً له ولأمثاله[1]. روى سعيد بن المسيب[2] عن معمر بن عبد الله[3] أن رسول الله ﷺ قال: «**مَنِ احْتَكَرَ فَهْوَ خَاطِئٌ**»[4].

---

(١) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٥/ ١٢٩)؛ وعبد الوهاب بن علي البغدادي ت٤٢٢هـ، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميش عبد الحق، (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٩م، ٢/ ١٠٣٥ ـ ١٠٣٦)؛ ومحمد بن عبد الرحمٰن الحطاب ت٩٥٤هـ، مواهب الجليل (ط:٢؛ بيروت: دار الفكر، ١٣٩٨هـ، ٤/ ٢٢٧ ـ ٢٢٨)؛ والشيرازي، المهذب (١/ ٢٩٢)؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ١٥٤)؛ ومحمد بن أبي بكر الزرعي المعروف بابن قيم الجوزية ت٧٥١هـ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تقديم: محمد محي الدين عبد الحميد، وتصحيح: أحمد عبد الحليم العسكري (لا.ط؛ القاهرة: المؤسسة العربية للطباعة والنشر، ١٣٨٠هـ ـ ١٩٦١م) ص:٢٨٤، ٢٨٥، ٣٠٨؛ ود. عبد السلام العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية (٢/ ١٧٤ وما بعدها)؛ ود. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله (١/ ٤٤٣ ـ ٥٢٩)؛ ود. عبد الكريم زيدان، القيود الواردة على الملكية الفردية للمصلحة العامة في الشريعة الإسلامية ص:٦٥ ـ ٦٨.

(٢) هو سعيد بن المسيب بن حزن أبو محمد، سيد التابعين علماً وعملاً، ولد في خلافة عمر، وتوفي سنة ٩٤هـ. (ابن حجر، تهذيب التهذيب ٤/ ٨؛ وعبد الرحمٰن السيوطي ت٩١١هـ، طبقات الحفاظ. ط:١؛ بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م، ص:٢٥).

(٣) هو معمر بن عبد الله بن نضلة القرشي العدوي، صحابي جليل، أسلم قديماً وهاجر الهجرتين. روى عن النبي ﷺ وعن عمر، وروى عنه سعيد بن المسيب، وبشر بن سعيد، وعبد الرحمٰن بن جبير، وعبد الرحمٰن بن عقبة مولاه. (ابن حجر، الإصابة ٦/ ١٨٨).

(٤) أخرجه: مسلم، الجامع الصحيح، كتاب المساقاة، باب تحريم الاحتكار في الأقوات (٣/ ١٢٢٧) عن سعيد بن المسيب، أنه كان يحدث: أن معمراً قال: ... فذكره، وفي تتمته: فقيل لسعيد: فإنك تحتكر، قال سعيد: إن معمراً الذي كان يحدث هذا الحديث كان يحتكر؛ وينظر: د. عبد الرزاق خليفة الشايجي، ود. عبد الرؤوف محمد الكمالي، أحاديث الاحتكار حجيتها وأثرها =

قال النووي[1]: «قال العلماء: والحكمة في تحريم الاحتكار دفع الضرر عن عامة الناس، كما أجمع العلماء على أنه لو كان عند إنسان طعام واضطر الناس إليه ولم يجدوا غيره، أجبر على بيعه، دفعاً للضرر عن الناس»[2]. ولقد ثبت أن الشريعة جاءت بنفي الحرج ورفع الضرر، قال الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]، وقال ﷺ فيما يرويه عنه عبادة بن الصامت[3] رضي الله عنه: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارٌ**»[4].

= في الفقه الإسلامي (ط:١؛ بيروت: دار ابن حزم، ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م) ص:١١ وما بعدها.

(١) هو يحيى بن شرف بن مري النووي، الحوراني، محي الدين أبو زكريا: الإمام الحافظ، الفقيه الشافعي، من مصنفاته: المجموع شرح المهذب، شرح صحيح مسلم، رياض الصالحين، روضة الطالبين. توفي سنة ٦٧٦هـ. (السيوطي، طبقات الحفاظ.: ٥١٣).

(٢) يحيى بن شرف النووي ت٦٧٦هـ، شرح صحيح مسلم (ط:٢؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٣٩٢هـ) ١١/ ٤٣.

(٣) عبادة بن الصامت بن قيس بن أصرم، الصحابي الجليل، الخزرجي الأنصاري، أبو الوليد، كان أحد النقباء بالعقبة، وشهد مع النبي ﷺ المشاهد كلها، قيل عاش إلى سنة ٤٥هـ. (ينظر: ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة ٣/ ٦٢٤ - ٦٢٦).

(٤) أخرجه: أحمد بن حنبل، المسند: (٥/ ٣٢٧)، كما أخرجه من حديث ابن عباس (١/ ٣١٣)، وابن ماجه، السنن، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ومن حديث ابن عباس (٢/ ٧٨٤)؛ والدارقطني، سنن الدارقطني (٣/ ٧٧) من حديث أبي سعيد الخدري، وكذا من حديث أم المؤمنين عائشة (٤/ ٢٢٧)؛ وأخرجه من حديث أبي سعيد الخدري: الحاكم، المستدرك، كتاب البيوع (٢/ ٥٧، ٥٨)، وحسن الحديث ابن الصلاح والنووي (ابن دقيق العيد، شرح الأربعين النووية. لا.ط؛ بيروت: دار الرائد العربي، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، ص:١٤٢ - ١٤٥). وقال ابن رجب: «قال ابن الصلاح: هذا الحديث أسنده الدارقطني من وجوه، ومجموعها يقوي الحديث ويحسنه وقد تقبله أهل العلم واحتجوا به». (ينظر: عبد الرحمٰن بن شهاب الدين بن =

كما حرم تلقي الركبان، وهو أن يخرج بعض التجار لشراء السلع من الجالبين لها إلى السوق، والبيع لهم قبل دخولهم السوق، لما في ذلك من ضرر بهم وبأهل السوق[1].

وحرم بيع الحاضر للبادي؛ وهو أن يأتي البدوي للسوق ليبيع سلعته ولا معرفة له بأسعار السوق، فيتقدم منه ساكن الحضر فيتولى بيعها بدلاً منه ويضيّق على الناس[2]. قال ابن قدامة[3]: «والمعنى في ذلك أنه

= أحمد بن رجب ت٧٩٥هـ، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم. (لا. ط؛ القاهرة: دار أم البنين، د. ت، ص: ٢٢٠)؛ وناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل (ط: ١؛ بيروت: المكتب الإسلامي، ١٩٧٩م: ٣/ ٤٠٨) وقد صححه؛ وعبد الله بن يوسف الزيلعي ت٧٦٢هـ، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق: محمد يوسف البنوري (لا. ط؛ القاهرة: دار الحديث، ١٣٥٧هـ، ٤/ ٣٨٤)؛ ومحمد عبد الرؤوف المناوي، فيض القدير (ط: ١؛ مصر: المكتبة التجارية، ١٣٥٦هـ، ٦/ ٤٣٢).

(١) ينظر: الطحاوي، مختصر الطحاوي ص: ٨٤، ابن قدامة، المغني (٤/ ١٥٢)، والشيرازي، المهذب (١/ ٢٩٢)، الكاساني، بدائع الصنائع (٥/ ١٢٩)، البغدادي، المعونة (٢/ ١٠٣٤)؛ ومحمد بن علي بن وهب القشيري المعروف بابن دقيق العيد ت٧٠٢هـ، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، تحقيق: أحمد محمد شاكر (ط: ٢؛ بيروت: دار الجيل، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٥م) ص: ٤٩٦، ومحمد بن علي الشوكاني ت١٢٥٥هـ، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار (لا. ط؛ بيروت: دار القلم، د. ت) ٥/ ١٦٦ وما بعدها.

(٢) ينظر: الطحاوي، مختصر الطحاوي ص: ٨٤؛ البغدادي، المعونة (٢/ ١٠٣٣)؛ والشيرازي، المهذب (١/ ٢٩٢)؛ وابن دقيق العيد، إحكام الأحكام ص: ٤٩٨؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ١٥٢)؛ وابن القيم، الطرق الحكمية ص: ٢٨٤.

(٣) هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، موفق الدين، أبو محمد، الفقيه الحنبلي، ولد عام ٥٤٥هـ، من مصنفاته: روضة الناظر، المغني شرح مختصر الخرقي، والكافي، والمقنع. توفي سنة ٦٢٠هـ بدمشق (محمد بن شاكر =

متى تُرك البدوي يبيع سلعته، اشتراها الناس برخص ويوسع عليهم السعر، فإذا تولى الحاضر بيعها وامتنع عن بيعها إلا بسعر البلد ضاق على أهل البلد»[1]؛ وقد ورد من حديث جابر بن عبد الله[2] ﵄ أن رسول الله ﷺ قال: **«لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقُ اللهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ»**[3].

ولمنع الاستغلال قرر كثير من فقهاء الإسلام حق الحاكم في تسعير السلع لمنع الضرر بالناس[4]؛ فقد ذهب الحنفية إلى جواز التسعير في الأقوات في زمن الاضطرار إذا تعدى البائعون في أثمان المبيعات تعدياً فاحشاً[5]. وذهب بعض المالكية، وبعض الشافعية، وابن تيمية[6]،

= الكتبي ت٧٦٤هـ، فوات الوفيات، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد لا.ط؛ مصر: مطبعة السعادة، ١٩٥١م، ١/ ٤٣٣).

(١) ابن قدامة، المغني (٤/ ١٥٠).

(٢) جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الأنصاري السلمي، صحابي جليل من المكثرين من الرواية عن النبي ﷺ، توفي سنة ٨٧هـ. (ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة ١/ ٤٣٣).

(٣) أخرجه: الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء لا يبيع حاضر لباد (٣/ ٥٢٦)؛ والنسائي، المجتبى من السنن، كتاب البيوع، باب للأعرابي (٧/ ٢٥٦)؛ وأحمد بن حنبل، المسند (٣/ ٣٠٧)؛ وابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب النهي أن يبيع حاضر لباد (٢/ ٧٣٤)؛ وابن حبان، صحيح ابن حبان (١١/ ٣٣٨).

(٤) ينظر: د. عبد السلام العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية (٢/ ٣٥٨ ـ ٣٧٤)؛ ود. عبد الكريم زيدان، القيود الواردة على الملكية الفردية للمصلحة العامة في الشريعة الإسلامية ص: ٩٤ ـ ٩٦.

(٥) ينظر: محمد أمين المعروف بابن عابدين ت١٢٥٢هـ، حاشية رد المحتار على الدر المختار (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٥م) ٦/ ٤٠٠.

(٦) هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الحنبلي، تقي الدين ابن تيمية، =

وابن القيم[1]- خلافاً للجمهور - إلى جواز التسعير العادل في الأموال والأعمال إذا احتاج الناس إليها[2]. إلى درجة أن قاضي الجماعة بتلمسان قاسم بن سعيد العقباني[3] قال: «يتعيّن أن يكون التسعيرُ على

= ولد عام ٦٦١هـ، قدم دمشق وحدّث بها ومصر، امتُحن وسُجن بقلعة دمشق. له مؤلفات كثيرة منها: مجموع الفتاوى، اقتضاء الصراط المستقيم، السياسة الشرعية. توفي بدمشق سنة ٧٢٨هـ. (ينظر: محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ت٧٤٨هـ، تذكرة الحفاظ، لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د. ت، ١٤٩٦/٤).

(١) هو محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي الدمشقي، ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبد الله، الفقيه الحنبلي، الأصولي المفسر، المحدث الأديب. ولد عام ٦٩١هـ، تفقه على شيخ الإسلام ابن تيمية ولازمه وسجن معه في قلعة دمشق، من مصنفاته: إعلام الموقعين عن رب العالمين، زاد المعاد، التفسير القيم، الطرق الحكمية، إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان. توفي بدمشق سنة ٧٥١هـ. (ينظر: ابن العماد الحنبلي ت١٠٨٩هـ، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لا.ط؛ بيروت: المكتب التجاري، د.ت، ١٦٨/٦؛ وعبد الله مصطفى المراغي، الفتح المبين في طبقات الأصوليين، ط:١؛ القاهرة: مكتبة ومطبعة المشهد الحسيني، د.ت، ١٦٨/٢ ـ ١٦٩).

(٢) ينظر: سليمان بن خلف الباجي ت٤٧٤هـ، المنتقى شرح الموطأ (لا.ط؛ بيروت: دار الكتاب العربي، د.ت) ١٨/٥ ـ ١٩؛ ومحمد بن يوسف العبدري الشهير بالمواق ت٨٩٧هـ، التاج والإكليل لمختصر خليل (ط:٢؛ بيروت: دار الفكر، ١٣٩٨هـ) ٣٨٠/٤؛ وأحمد بن سعيد المجيلدي، كتاب التيسير في أحكام التسعير. تحقيق: موسى لقبال (ط:٢؛ الجزائر: الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، ١٩٨١م) ص:٤٨ ـ ٤٩؛ ويحيى بن شرف النووي ت٦٧٦هـ، روضة الطالبين (ط:٢؛ بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٥هـ) ٤١١/٣؛ وابن تيمية، مجموع الفتاوى (لا.ط؛ الرياض: دار عالم الكتب، ١٤١٢هـ ـ ١٩٩١م) ٢٨/ ٧٦ ـ ٧٧؛ وابن القيم، الطرق الحكمية ص:٢٨٥ وما بعدها.

(٣) هو قاسم بن سعيد بن محمد العقباني، التلمساني المالكي، فقيه محقق، وأصولي نظار. ولد عام ٧٦٨هـ. من مصنفاته: شرح منتهى السؤل والأمل في =

أهل الأسواق في هذا الزمان متفقاً عليه، وتفقدهم في كل لحظة فضلاً عن كل يوم لازم، لما دنوا به من جميع المحظورات في البيع والابتياع»[1].

وبناء عليه، «لا يصحّ أن تكون حيازة المال واستثماره في غير ما تطلبه حاجة صاحبه وحاجة المجتمع الملحة التي يجب على الناس سدّها وجوباً كفائياً، يجعل لوليّ الأمر عند التقصير في الأداء حق الهيمنة والتدخل بالإرشاد والتوجيه والإلزام، ومن المقرر شرعاً أن على وليّ الأمر أن يستجيب إلى داعي المصلحة العامة، فيحرم على الناس من المباحات ما يرى أن في الإبقاء على إباحته ضرراً بالمجتمع، ويوجب على الناس منها ما يرى أن إيجابه دفع مفسدة أو جلب مصلحة للمجتمع»[2].



= علمي الأصول والجدل لابن الحاجب، رحل للحج سنة ٨٣٠هـ وحضر إملاء ابن حجر وأجازه، وتوفي سنة ٨٥٤هـ. (ينظر: محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت، ص:٢٥٥؛ وعمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، ط:١؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٣م، ٢/٦٤٢).

(١) أحمد بن سعيد المجيلدي، كتاب التيسير في أحكام التسعير ـ الملحق رقم ٢، ص:١٠٧.

(٢) علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية (لا.ط؛ بيروت: دار النهضة العربية، ١٩٩٠م) ص:١١٠.

ثانياً

حقيقة الدِّين وبيان أسباب ثبوته

أ ـ حقيقة الدِّين

١ ـ تعريف الدِّين في اللغة:

يذهب ابن فارس[١] في تعريفه لكلمة الدَّين إلى أن أصلها واحد «الدال والياء والنون» وإلى هذا الأصل ترجع الفروع كلها، وأنه جنس من الانقياد والذل[٢]. وقال الراغب الأصفهاني[٣] في بيان معنى هذا الأصل: «الدِّين يقال للطاعة والجزاء واستعير للشريعة، والدِّين كالملّة، لكنّه يقال اعتباراً بالطاعة والانقياد للشريعة»[٤]. قال الله تعالى:

---

(١) هو أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد بن حبيب القزويني، نزيل همذان، أبو الحسن الرازي، الشافعي ثم المالكي، من أئمة اللغة والأدب. توفي بالري سنة ٣٩٥هـ. من مصنفاته: المجمل في اللغة، حلية الفقهاء، فقه اللغة المسمى بالصاحبي، مقاييس اللغة، وجامع التأويل في تفسير القرآن. (ينظر: كحالة، معجم المؤلفين: ١/ ٢٢٣ ـ ٢٢٤).

(٢) أحمد بن فارس بن زكريا ت٣٩٥هـ، معجم مقاييس اللغة. تحـ: عبد السلام هارون (بيروت: دار الفكر، د. ت)، ٢/ ٣١٩.

(٣) هو الحسين بن محمد بن المفضل المعروف بالراغب الأصفهاني، أبو القاسم، أديب، لغوي، حكيم، مفسر. توفي سنة ٥٠٢هـ. من تصانيفه: تحقيق البيان في تأويل القرآن، الذريعة إلى مكارم الشريعة، محاضرات الأدباء ومحاورات الشعراء والبلغاء، تفصيل النشأتين وتحصيل السعادتين، مفردات ألفاظ القرآن. (ينظر: كحالة، المرجع السابق: ١/ ٦٤٢ ـ ٦٤٣).

(٤) الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن ص: ١٨١ مادة: «د ي ن».

﴿إِنَّ ٱلدِّينَ عِندَ ٱللَّهِ ٱلْإِسْلَٰمُ...﴾ [آل عمران: ١٩]، وقال: ﴿وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ ٱلْإِسْلَٰمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِى ٱلْءَاخِرَةِ مِنَ ٱلْخَٰسِرِينَ ﴿٨٥﴾﴾ [آل عمران: ٨٥]، وقال: ﴿وَمَنْ أَحْسَنُ دِينًا مِّمَّنْ أَسْلَمَ وَجْهَهُۥ لِلَّهِ وَهُوَ مُحْسِنٌ...﴾ [النساء: ١٢٥].

ويقول العرب: دَانَ له بدِينِ دِيناً، إذا انقاد وأطاع، ودَانَ فلان بالإسلام دِيناً: تعبَّدَ به وتديَّنَ، وقومٌ دِينٌ؛ أي: مُطيعون مُنقادون. ومن غير المستبعد أن تسمية المدينة جاءت من ذلك؛ لأنها تقام فيها طاعة صاحب الأمر فيها(١).

ويطلق الدِّين ويراد به الذلّ، ومن هنا قيل للأَمَةِ: مدينةٌ، وللعبد: مدين؛ لأنهما قد أذلّهما الرِّق، أو لأنهما حُملا على طاعة سيدهما قهراً(٢).

ويقال: دان الرجل غيره ديناً: إذا غلبه وقهره وتسلّط عليه، فدان له؛ أي: خضع وذلّ. ودان الحاكمُ قومَه فدانوا له؛ أي: حكمهم وساسهم فخضعوا له(٣).

وقال ابن منظور(٤): والدِّين: الجزاء والحساب، ومنه قوله تعالى:

---

(١) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة (٢/ ٣٢٠)؛ ومحمد بن يعقوب الفيروزآبادي ت٨١٧هـ، القاموس المحيط (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م) ص: ١٠٨٠ مادة: «د ي ن».

(٢) الفيروزآبادي، المرجع نفسه، والموضع نفسه.

(٣) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة (٢/ ٣٢٠)؛ وابن منظور، لسان العرب (لا.ط؛ بيروت: دار الجيل ودار لسان العرب، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م) ١٣/ ١٦٦ - ١٧١؛ والفيروزآبادي، القاموس المحيط ص: ١٠٨٠ كلهم في مادة: «د ي ن».

(٤) هو محمد بن مكرم بن علي بن أحمد بن منظور الأنصاري، الإفريقي، المصري، جمال الدين، أبو الفضل، الأديب اللغوي. ولد بمصر وقيل بطرابلس الغرب عام ٦٣٠هـ، وعمل في ديوان الإنشاء بالقاهرة، ثم ولي القضاء في طرابلس، وعاد إلى مصر فتوفي بها سنة ٧١١هـ. من مصنفاته: =

﴿مَٰلِكِ يَوۡمِ ٱلدِّينِ ﴿٤﴾﴾ [الفاتحة: ٤]؛ أي: يوم الحساب والجزاء، والدِّين: العادة والشأن، تقول العرب: ما زال ذلك ديني وديدني؛ أي: عادتي[(١)].

ومن هذا الباب: «الدَّين» يقال: داينتُ فلاناً، إذا عاملتُه دَيناً، إما أخذاً وإما إعطاءً، كما يقال: دِنتُ الرجُلَ وادَّنتُهُ، إذا أخذتُ منه دَيناً، فأنا مدينٌ ومديونٌ. وأدنتُ: أقرضتُ وأعطيتُ دَيناً[(٢)]. والتداين والمداينة: دفعُ الدَّين[(٣)]. ومنه قول الله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

قال في «المصباح المنير»: «أي: إذا تعاملتم بدَيْنٍ من سَلَم وغيره؛ فثبت بالآية وبما تقدَّم أن الدَّين لغةً هو القَرْضُ وثمن المبيع، فالصّداق والغصب ونحوه ليس بدَيْن لغةً بل شرعاً على التشبيه لثبوته واستقراره في الذِّمة»[(٤)].

والدَّين ـ كما قال ابن فارس ـ من قياس الباب المطرد؛ لأن فيه كل الذلّ، ومن هنا قيل: «الدَّين ذُلٌّ بالنهار وغمٌّ بالليل»، وروي عن ابن عمر[(٥)] رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: **«الدَّيْنُ رَايَةُ اللهِ فِي الأَرْضِ، فَإِذَا أَرَادَ أَنْ**

= لسان العرب، مختصر تاريخ دمشق لابن عساكر (ينظر: كحالة، معجم المؤلفين: ٣/ ٧٣١).

(١) ابن منظور، لسان العرب (١٣/ ١٦٩).

(٢) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة (٢/ ٣٢٠)؛ والراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن ص: ١٨١؛ والفيروزآبادي، القاموس المحيط ص: ١٠٧٩ ـ ١٠٨٠ كلهم في مادة: «د ي ن».

(٣) الراغب الأصفهاني، المرجع نفسه، والموضع نفسه.

(٤) الفيومي، المصباح المنير (١/ ٢٠٥) مادة: «د ا ن».

(٥) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب بن نفيل العدوي، أبو عبد الرحمٰن، أسلم وهو صغير، استصغر يوم أُحد وغزا يوم الخندق، ومناقبه كثيرة لا تحصى، وهو من أعلام الصحابة الفقهاء المكثرين من الفتيا، توفي سنة ٧٣هـ. (ينظر: =

يُذِلَّ عَبْداً وَضَعَهَا فِي عُنُقِهِ»[1].

وكان من حقِّ الدائن في الجاهلية أن يتملَّك المَدِينَ بالدَّين في حالة عجزه عن السداد عند حلول الأجل، ولما جاء الإسلام أبطل ذلك، وقد رُوي في الحديث أن غُرماء معاذ بن جبل[2] رضي الله عنه طلبوا من النبي ﷺ أن يبيع معاذاً لوفاء ديون ترتبت عليه لما لم تكف أمواله لإيفاء ديونهم، فقال ﷺ: «**خَلُّوا عَلَيْهِ، فَلَيْسَ لَكُمْ عَلَيْهِ سَبِيلٌ**»[3].

٢ ـ تعريف الدَّين في الفقه الإسلامي:

يستعمل الفقهاء كلمة الدَّين من خلال اعتبارين أحدهما شكلي، والآخر موضوعي.

* أما **من حيث الشكل**، فيأتي إطلاقهم للدَّين في مقابل العين، حيث يقصدون بالعين ما كان معيَّنا مشخَّصاً كالبيت والشجر والحيوان والسيارة ونحو ذلك مما يُعَدُّ من الأعيان[4]، ويطلقون الدَّين على ما

= ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة: ٤/ ١٨١).

(١) أخرجه: الحاكم، المستدرك على الصحيحين (٢/ ٢٩)، وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه». وينظر: المناوي، فيض القدير (٣/ ٥٥٦).

(٢) هو معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الأنصاري، الخزرجي، أبو عبد الرحمٰن، صحابي جليل أسلم وهو شاب، وشهد العقبة الثانية مع الأنصار، والمشاهد كلها مع رسول الله ﷺ، ولد قبل الهجرة بعشرين سنة، من الصحابة الحفاظ على عهد رسول الله ﷺ، بعثه رسول الله ﷺ قاضياً لأهل اليمن، توفي سنة ١٨هـ ولم يعقب. (ينظر: ابن حجر، الإصابة ٦/ ١٣٦).

(٣) أخرجه: الحاكم، المستدرك على الصحيحين (٣/ ٣٠٧) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(٤) المادة (١٥٩) من مجلة الأحكام العدلية. (علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام. تعريب المحامي: فهمي الحسيني، لا.ط؛ دار الكتب العلمية، د.ت، ١/ ١١٢).

يثبت في الذمة[1] من غير أن يكون معيَّناً مشخَّصاً سواء أكان نقداً أم غيره[2].

وعلى ذلك قال المقري[3] في كتابه «القواعد»: «المعيَّن لا يستقرّ في الذمّة، وما تقرّر في الذمّة لا يكون معيّناً»[4].

والظاهر أن أساس التمييز بين العين والدَّين في هذا التقسيم الفقهي هو الاختلاف والتباين في التعلق، حيث إنّ الدَّين يتعلق بذمة المدين، ويكون وفاؤه بدفع أية عين مالية مثلية من جنس الدَّين الملتزم به، ولهذا

---

(١) الذمة: تطلق الذّمّة في اللّغة على العهد والكفالة والضمان والأمان؛ وأطلق على العهد ذمة لأن نقضه يوجب الذَّم. أما في الاصطلاح فهي وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان، ويصير به أهلاً للإلزام والالتزام، أو هي: محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه. (ينظر: الفيومي، المصباح المنير ١/ ٢١٠ مادة: ذ م م؛ ود. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط:٢؛ بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٨م، ١/ ٢٠؛ ومصطفى الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة. ط:١؛ دمشق: دار القلم، ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م، ص:٢٠١؛ ود. نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص:١٣٧).

(٢) المادة (١٥٨) من مجلة الأحكام العدلية. (علي حيدر، المرجع السابق ١/ ١١١).

(٣) هو محمد بن محمد بن أحمد المقري، التلمساني، أبو عبد الله، الصوفي القاضي، الفقيه المالكي، من أعلام محققي المذهب. ولد بتلمسان ونشأ بها، وسكن فاس، ودخل غرناطة، وكانت وفاته بفاس سنة ٧٥٨هـ. من مصنفاته: الحقائق والرقائق، رحلة المتبتل، كتاب القواعد، التحف والطرف. (ينظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية ص:٢٣٢؛ وكحالة، معجم المؤلفين ٣/ ٦٢٠ ـ ٦٢١).

(٤) أحمد بن يحيى الونشريسي ت٩١٤هـ، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، تحقيق: أحمد بوطاهر الخطابي (لا.ط؛ الرباط: صندوق إحياء التراث الإسلامي المشترك بين المملكة المغربية والإمارات العربية المتحدة، ١٤٠٠هـ ـ ١٩٨٠م) ص:٣٣١.

صحَّت فيه الحوالة[1]، والمقاصة[2]، في حين تأتي العين بخلاف ذلك، حيث يتعلق الحقّ بذاتها، كما لا يتحقق الوفاء في الالتزام بها إلّا بأدائها بعينها، ومن ثم لم تصح الحوالة أو المقاصة في الأعيان؛ لأنها إنما تستوفى بذواتها لا بأمثالها[3].

وعلى هذا الأصل فرّع القاضي العقباني المالكي[4] مسألة هامة فقال: «الدَّين يتعلق بالذمة، والغصب يتعلق بعين الشيء المغصوب، ولا مزاحمة بينهما، ولذلك لم يقل أحد: إنّ من عليه دين يبرأ بغصب [الدائن][5] له،

---

(١) الحوالة: الحوالة في اللغة مأخوذة من التحويل، وهو النقل من موضع إلى آخر. أما في الاصطلاح فهي: نقل الدَّين من ذمة إلى أخرى. (ينظر: د. نزيه حماد، المرجع السابق ص:١٢٢ ـ ١٢٣).

(٢) المقاصة: المقاصة في اللغة مأخوذة من اقتصاص الأثر وهو التتبع، وفي الاصطلاح: إسقاط دَين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دَين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه، وذلك بأن تُشغل ذمة الدائن بمثل ما له على المدين في الجنس والصفة ووقت الأداء، فعندئذ تقع المقاصة ويسقط الدينان إذا كانا متساويين في المقدار. فإن تفاوتا في القدر سقط من الأكثر بقدر الأقل وبقيت الزيادة، فتكونُ المقاصة في القدر المشترك، ويبقى أحدهما مديناً للآخر بما زاد. (ينظر: د. نزيه حماد، المرجع نفسه ص:٢٥٩).

(٣) أحمد بن إدريس القرافي ت٦٨٤هـ، الفروق (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت) ٢/ ١٣٣؛ ود. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (١/ ١٧ وما بعدها)؛ ومصطفى الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ص:١٨٣ وما بعدها.

(٤) هو سعيد بن محمد بن محمد التجيبي التلمساني، من كبار أعلام المالكية في الفقه والقضاء، تولى القضاء في عدة جهات من المغرب ودامت ولايته نحو أربعين سنة. ولد بتلمسان عام ٧٢٠هـ، وتوفي سنة ٨١١هـ. من مصنفاته: شرح الحوفية في الفرائض، وشرح على مختصر ابن الحاجب الأصلي، واللباب في مناظرة القباب. (ينظر: مخلوف، شجرة النور الزكية ص:٢٥٠).

(٥) المثبت في النص كلمة (الغاصب)، والأولى في وضوح العبارة ما أثبته أعلاه مميزاً.

ولو صرّح الغاصب بأن يقول: إنما غصبتُ ذلك الدين، بل ينصرف الغصبُ إلى عين ما غَصَبَ، ويبقى الدين في الذمة»[1].

أما ثمرة التفريق بين العين والدين فقد شرحها القرافي[2] بقوله: «اعلم أن المعينات المشخصات في الخارج، المرئية بالحسّ لا تثبت في الذمم، ولذلك إنّ من اشترى سلعة معينة فاستحقت انفسخ العقد، ولو ورد العقد على ما في الذمة ـ كما في السَّلَم[3] ـ فأعطاه ذلك وعيَّنَهُ، فظهر ذلك المعَيَّنُ مستحقاً رُجع إلى غيره؛ لأنه تبيّن أنّ ما في الذمة لم يخرج منها. وكذلك إذا استأجر دابة معينة للحمل، أو غيره فاستحقت، أو ماتت انفسخ العقد، ولو استأجر منه حَملَ هذا المتاع من غير تعيين دابة، أو على أن يُركبه إلى مكة من غير تعيين مركوب معين، فعين له لجميع ذلك دابة للحمل، أو لركوبه فعطبت، أو استحقت رَجَعَ فطالبه بغيرها؛ لأن المعقود عليه غير معيّن، بل في الذمة، فيجب عليه الخروج منه بكل معين شاء.

---

(١) الونشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ـ مرجع سابق ـ ص: ٣٣٠.

(٢) هو أحمد بن إدريس القرافي الصنهاجي أبو العباس المعروف بشهاب الدين، الإمام المالكي الحافظ شيخ الشيوخ، وعمدة أهل التحقيق، له مؤلفات جليلة في الفقه والأصول، منها: أنوار البروق في أنواء الفروق المشهور بـ: الفروق، والإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، والذخيرة، وهي من الكتب المعتمدة في الفقه المالكي. توفي سنة ٦٨٤هـ. (ينظر: إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون ت٧٩٩هـ، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق: د. علي عمر، ط:١؛ القاهرة: مكتبة الثقافة الدينية، ١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠٣م، ١/ ٢٠٥؛ ومخلوف، شجرة النور الزكية ص:١٨٨ ـ ١٨٩).

(٣) السلم لغة: السلف وزناً ومعنى، واصطلاحاً: بيع آجل موصوف في الذمة بعاجل. (ينظر: الفيومي، المصباح المنير ١/ ٢٨٦، مادة: «س ل م»؛ ود. نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص:١٥٧).

ويظهر أثر ذلك في قاعدة أخرى، فإن المطلوب متى كان في الذمة، فإن لمن هو عليه أن يتخير بين الأمثال، ويعطي أيَّ مِثلٍ شاء، ولو عَقَدَ على معين من تلك الأمثال لم يكن له الانتقال عنه إلى غيره؛ فلو اكتال رطل زيت من خابية[1] وعقَدَ عليه لم يكن له أن يعطي غيره من الخابية، وكذلك إذا فرَّق صُبرَتَهُ صيعاناً، فعقد على صاع منها بعينه، لم يكن له الانتقال عنه إلى غيره من تلك الأمثال، ولو كان في الذمة لكان له الخروج عنه بأي مِثلٍ شاء من تلك الأمثال»[2].

* وأما **من حيث الموضوع**، فقد استعمل الفقهاء «الدَّين» بمعنيين أحدهما أعمّ من الآخر:

١ ـ الدَّين بالمعنى الأعم: يشمل الدَّين بمعناه الأعم كل ما ثبت في الذمة من أموال أو حقوق محضة؛ كمختلف الطاعات من صلاة وصيام ونذر وحجّ وغيرها. قال ابن نجيم[3]: «لأنَّ الدَّينَ لزومُ حقٍّ في الذمة»[4].

---

(١) الخابية: وعاء الماء الذي يحفظ فيه. (ينظر: د. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط ١/٢٣٦، مادة: «خ ب أ»).

(٢) القرافي، الفروق (٢/ ١٣٣ ـ ١٣٤).

(٣) هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري الشهير بابن نجيم، الفقيه الحنفي. ولد بالقاهرة عام ٩٢٦هـ وتلقى المعارف عن أعلام عصره في العربية والعلوم النقلية والعقلية، وتوفي بالقاهرة سنة ٩٧٠هـ. حصر نشاطه التأليفي في الفقه وأصوله، ومن أبرز مصنفاته: الأشباه والنظائر، الفوائد الزينية في فقه الحنفية، شرح المنار، لب الأصول. (ينظر: ابن العماد، شذرات الذهب ٨/ ٣٥٨؛ والمراغي، الفتح المبين ٣/ ٧٨).

(٤) زين الدين بن إبراهيم بن نجيم ت٩٧٠هـ، فتح الغفار شرح المنار (لا.ط؛ القاهرة: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٥٥هـ ـ ١٩٣٦م) ٣/ ٢٠؛ ود. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات (ط:١؛ الطائف: دار الفاروق، ١٤١١هـ ـ ١٩٩٠م) ص:١٣.

وبناء على ذلك فليس من شرط الدين كونه مالاً، وإذا كان الدين مالاً فلا يشترط أن يكون ثابتاً في الذمة من خلال عقد معاوضة أو تعويض عن إتلاف، أو عقد قرض فحسب بل تتعدد أسباب ثبوته وتتنوع؛ وعلى هذا عُرِّف الدين بأنه: «وَصْفٌ شرعيٌّ في الذمة يظهَرُ أثرُهُ عند المطالبة»[1].

ويستفاد من التعريف السابق أن الدَّين يتناول كل ما يشغل ذمة المرء ويُطالب بالوفاء به من مال؛ كثمن مبيع وأجرة دار وزكاة وجبت بحولان الحول ولم تؤدّ، وكفّارة وهدي ومنفعة موصوفة في الذمة، أو عمل؛ كإحضار شخص إلى مجلس الخصومة، وصلاة لم تؤدّ في وقتها، وحجّ وجب عليه، ونحو ذلك. والوصف الجامع لكل هذه الأنواع من الديون أنّ من وجبت عليه كان مطالباً بها في حياته[2].

وقد ورد استعمال كلمة «دَين» بهذا المعنى في أحاديث نبوية كثيرة، منها ما يلي:

ـ حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما[3] أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن أمي ماتت وعليها صوم شهر. فقال: **أَرَأَيْتِ لَوْ كَانَ**

---

(١) محمد بن محمود البابرتي ت٧٨٦هـ، شرح العناية على الهداية (ط:٢؛ بيروت: دار الفكر، د.ت) ٦/٣٤٦؛ وينظر: علي بن أبي بكر المرغيناني ت٥٩٣هـ، الهداية شرح بداية المبتدي (ط:٢؛ بيروت: دار الفكر، د.ت) ٣/٢٨٧؛ ود. نزيه حماد، المرجع السابق ص:١٣.

(٢) د. نزيه حماد، المرجع نفسه.

(٣) هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب، القرشي الهاشمي، حبر الأمة وترجمان القرآن. ولد رضي الله عنه في العام الثالث قبل الهجرة. أسلم صغيراً ولازم النبي ﷺ بعد الفتح وروى عنه، وكان الخلفاء يجلونه، وكف بصرة في آخر عمره. كان يجلس للعلم فيجعل يوماً للفقه ويوماً للتأويل، ويوماً للمغازي، ويوماً للشعر، ويوماً لوقائع العرب توفي بالطائف سنة ٦٨هـ. (ابن حجر، الإصابة ٤/١٤١).

عَلَيْهَا دَيْنٌ، أَكُنْتِ تَقْضِينَهُ؟ قالت: نعم. قال: **فَدَيْنُ اللهِ أَحَقُّ بِالقَضَاءِ**»[1].

ـ حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: «قال رجل: يا رسول الله، إن أبي مات ولم يحجّ، أفأحجُّ عنه؟ قال: **أَرَأَيْتَ لَوْ كَانَ عَلَى أَبيكَ دَيْنٌ، أَكُنْتَ قَاضِيهِ؟** قال: نعم. قال: **فَدَيْنُ اللهِ أَحَقُّ**»[2].

فقد سمَّى النبي ﷺ الصومَ الواجب والحجَّ الواجب ديناً باعتبار أنّ الدَّين «هو الحقّ اللازم في الذمة» مطلقاً[3].

والظاهر أن أكثر الفقهاء جرى استعمالهم لكلمة «دَين» بهذا المعنى أيضاً[4].

٢ ـ الدَّين بالمعنى الأخص: وهو الدَّين المتعلق بالأموال، وقد اختلف الفقهاء في حقيقته على قولين:

القول الأول: إن الدَّين هو ما يثبُتُ في الذمة من مال في معاوضة

---

(١) أخرجه: مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الصيام، باب قضاء رمضان في شعبان (٢/ ٨٠٤).

(٢) أخرجه: النسائي، السنن الكبرى، كتاب الحج، باب الحج عن الميت الذي لم يحج (٢/ ٣٢٤)؛ وفي سنن النسائي (المجتبى)، كتاب مناسك الحج، باب تشبيه قضاء الحج بقضاء الدين (٥/ ١١٨).

(٣) د. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات ص١٤.

(٤) ينظر: القرافي، الفروق (٢/ ١٣٤)؛ ومحمد عليش ت١٢٩٩هـ، منح الجليل شرح مختصر خليل (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، ١٩٨٩م) ١/ ٢٦٣ وما بعدها؛ وزكريا بن محمد الأنصاري ت٩٢٦هـ، أسنى المطالب شرح روض الطالب (لا.ط؛ القاهرة: دار الكتاب الإسلامي، د.ت) ١/ ٣٥٦، ٥٨٥؛ ومحمد بن أبي العباس الرملي ت١٠٠٤هـ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م) ٣/ ١٣٠ وما بعدها؛ وإبراهيم بن عبد الله الفرضي الحنبلي، العذب الفائض شرح عمدة الفارض (١/ ١٥) بواسطة: د. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات ص:١٣.

أو إتلاف أو قرض، وهذا القول للحنفية[1].

واعتماداً على ذلك اختار الكمال بن الهمام[2] أن يعرّف الدين بقوله: «الدَّينُ اسمٌ لمال واجب في الذمة، يكون بدلاً عن مال أتلفه أو قرض اقترضه أو مبيع عَقَدَ بيعه أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة ـ وهو المهر ـ أو استئجار عين»[3]، واختار ابن عابدين[4] في تعريفه القول بأن الدَّين: «ما وجب في الذمة بعقد أو استهلاك وما صار في ذمته ديناً باستقراضه؛ فهو أعم من القرض»[5]، وهو يريد ما وجب من مال بهذه الأسباب[6]، وقال التهانوي[7]: «الدَّين شرعاً مال واجب في الذمة

---

(١) زين الدين بن إبراهيم بن نجيم ت٩٧٠هـ، الأشباه والنظائر، تحقيق: د. محمد مطيع الحافظ. (ط:٢؛ دمشق: دار الفكر، ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م) ص:٤٢١.

(٢) هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد الحنفي الشهير بابن الهمام، الإسكندري، ثم القاهري، كمال الدين، من أعلام اللغة والفقه والأصول والمناظرة، ولد عام ٧٧٨هـ، وتوفي سنة ٨٦١هـ. من مصنفاته: شرح فتح القدير على الهداية، وزاد الفقير في الفقه، وكتاب التحرير في أصول الفقه، وكتاب المسايرة في التوحيد. (ينظر: المراغي، الفتح المبين ٣/٣٨ ـ ٣٩).

(٣) محمد بن عبد الواحد ابن الهمام ت٨٦١هـ، شرح فتح القدير (ط:٢؛ بيروت: دار الفكر، د.ت) ٥/٤٣١.

(٤) هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين، فقيه الديار الشامية، وإمام الحنفية في عصره، ولد بدمشق عام ١١٨٩هـ، وتوفي بها سنة ١٢٥٢هـ. من مصنفاته: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ورفع الأنظار عما أورده الحلبي على الدر المختار، والعقود الدرية على تنقيح الفتاوى الحامدية في الفقه أيضاً، ونسمات الأسحار على شرح المنار في أصول الفقه، والرحيق المختوم في الفرائض. (ينظر: المراغي، الفتح المبين ٣/١٤٧ ـ ١٤٨).

(٥) ابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/١٥٧).

(٦) د. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات ص:١٤.

(٧) هو محمد بن علي بن محمد الفاروقي، الحنفي، التهانوي، لغوي، مشارك في بعض العلوم، من أهل الهند. توفي سنة ١١٥٨هـ. من آثاره: كشاف =

بالعقد أو الاستهلاك أو الاستقراض»[1].

ويرى أصحاب هذا المذهب أن الدَّين مال حكمي ـ أي: أنّ له حكم المال ـ فليس مالاً في الحقيقة؛ إذ هو عبارة عن وصف شاغل للذمة، ولا يتصور قبضه حقيقة، ولكن نظراً لصيرورته مالاً في المآل ـ أي: عند الاستيفاء ـ سمّي مالاً مجازاً[2].

يقول الكمال بن الهمام (ت٨٦١هـ): «والدَّينُ مالٌ حُكماً لا حقيقةً، ولذا كانت البراءة منه تصِحُّ بلا قَبولٍ، لعدم المالية الحقيقية، غير أنها ترتدُّ بالرَّدِّ للمالية الحُكمية. وهِبَةُ العين لا تصحُّ بلا قَبولٍ بحالٍ»[3].

والسبب في عدم اعتبار الحنفية للدَّين مالاً في الحقيقة يعود إلى أنهم اعتبروه وصفاً مقدّراً وجودُهُ في الذمة من غير تحقق له ولا لمحلّه، وإنما جُعِل مالاً حكمياً تبعاً لحاجةِ الناسِ لهذا الاعتبار في معاملاتهم، كما أنه في النهاية يؤول بالقبض إلى مال حقيقي[4].

وبناء عليه؛ فالدين في الذمة لا يعدو كونه تكليفاً شاغلاً لها، دون أن يتعلق بمال معين يستوفى منه. فإذا وفى المدين دينه فليس معناه

= اصطلاحات الفنون، وسبق الغايات في نسق الآيات. (عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين: ٣/ ٥٣٧).

(١) التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون (لا.ط؛ بيروت: شركة خياط للكتب والنشر، ١٩٦٦م) ٢/ ٥٠٢.

(٢) ينظر: ابن نجيم، الأشباه والنظائر ص:٤٢١؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٦١٣)؛ ود. نزيه حماد، المرجع السابق ص:١٥.

(٣) ابن الهمام، شرح فتح القدير (٥/ ٢٥٠).

(٤) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٤)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٤٥٧)؛ ود. عبد السلام العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية (١/ ١٨٥ وما بعدها)؛ ومصطفى الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة ص:١٦٨ وما بعدها؛ ود. نزيه حماد، المرجع السابق ص:١٥.

سقوط الدَّين الذي كان شاغلاً ذمته، بل حقيقة الوفاء أن المدين قد أصبح بالوفاء دائناً لدائنه بمثل دينه، ومن هنا يقع التقاص بين الدينين وتمتنع المطالبة بينهما لانعدام الفائدة منها، فلو أن أحدهما طالب الآخر لكان من حقِّ الآخر مطالبته بالمثل[1].

يقول القابسي[2] في «الحاوي القدسي» ـ أثناء كلامه عن الدَّين ـ: «وإيفاؤه واستيفاؤه لا يكون إلا بطريق المقاصة عند أبي حنيفة رحمه الله. مثاله: إذا اشترى ثوباً بعشرة دراهم صار الثوب ملكاً له، وحدث بالشراء في ذمته عشرة دراهم ملكاً للبائع؛ فإذا دفع المشتري عشرة إلى البائع وجب مثلها في ذمة البائع ديناً، وقد وجب للبائع على المشتري عشرة بدلاً عن الثوب، ووجب للمشتري على البائع مثلها بدلاً عن المدفوعة إليه فالتقيا قصاصاً»[3].

ولما كان اعتبار الحنفية الدَّين مالاً حكماً لا حقيقة تباينت آراؤهم بشأن اعتباره ملكاً لصاحبه وهو في الذمة، لكونه مجرّد وصف شاغل لها، إلّا أن الراجح في المذهب اعتبار الديون محلاً للملك[4].

يقول ابن عابدين (ت١٢٥٢هـ): «قال في الفتح: إنّ بعضهم ذكر من شركة الأملاك الشركة في الدَّين، فقيل: مجاز؛ لأن الدَّينَ وصف شرعي لا يُملكُ. وقد يقال: بل يُملكُ شرعاً، ولذا جاز هبته ممن عليه.

---

(١) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٤)؛ وابن نجيم، الأشباه والنظائر ص:٤٢١؛ ومصطفى الزرقا، المرجع السابق ص:١٧٦؛ ود. نزيه حماد، المرجع السابق ص:١٥.

(٢) هو أحمد بن محمد بن نوح القابسي، الغزنوي، الحنفي (جمال الدين) فقيه تولى القضاء. من تصانيفه: الحاوي القدسي في فروع الفقه الحنفي. توفي حوالي سنة ٦٠٠هـ، (عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين: ١/ ٣٠١).

(٣) ابن نجيم، الأشباه والنظائر ص:٤٢١.

(٤) د. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات ص:١٦.

وقد يقال: إنّ الهبة مجازٌ عن الإسقاط، ولذا لم تَجُز من غير مَنْ عليه. والحقّ ما ذكروا من ملكه. ولذا مَلَكَ ما عنه من العين على الاشتراك، حتى إذا دفع من عليه إلى أحدهما شيئاً؛ كأن للآخر الرجوع عليه بنصف ما أخذ»(١).

القول الثاني: إن الدَّين ما كان ثابتاً في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته، وهذا القول لجمهور الفقهاء من المالكية(٢)، والشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

وعلى هذا، تدخل في التعريف كل الديون المالية، سواء ما كان منها ثابتاً نظير عين مالية وما ثبت نظير منفعة وما جاء ثبوته؛ كحقّ الله تعالى، دون اعتبار مقابل له؛ كالزكاة مثلاً، وتخرج من التعريف سائر الديون غير المالية؛ كصلاة فائتة، أو إحضار خصم لمجلس القضاء وما

---

(١) ابن عابدين، حاشية رد المحتار (٤/ ٢٩٩)؛ وينظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير (٥/ ٣).

(٢) ينظر: عبد الباقي الزرقاني ت١٠٩٩هـ، شرح مختصر خليل (ط:١؛ مصر: المطبعة البهية المصرية، ١٣٠٧هـ تصوير: دار الفكر ببيروت، د.ت) ٢/ ١٦٤، ١٦٥، ١٧٨)؛ ومحمد بن أحمد الرهوني ت١٢٣٠هـ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل (ط:١؛ مصر: المطبعة الأميرية ببولاق، ١٣٠٦هـ، تصوير: دار الفكر ببيروت، د.ت) ٢/ ٢٩٢، ٢٩٤؛ وعليش، منح الجليل (١/ ٣٦٢ وما بعدها).

(٣) ينظر: زكريا الأنصاري، أسنى المطالب (١/ ٣٥٦)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٣/ ١٣١).

(٤) ينظر: علي بن سليمان المرداوي ت٨٨٥هـ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (ط:١؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٣٧٤هـ) ٣/ ٣٩؛ منصور بن يونس البهوتي ت١٠٥١هـ، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى (ط:٢؛ بيروت: عالم الكتب، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٦م) ١/ ٣٦٨؛ عبد الرحمٰن بن رجب الحنبلي ت٧٩٥هـ، القواعد في الفقه الإسلامي (لا.ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت) ص:١٤٤.

شابه ذلك[1].

جاء في «نهاية المحتاج» للرملي[2] ـ أثناء الكلام عن الزكاة ـ: «ولا يمنع الدَّين وجوبها، حالاً كان أو مؤجّلاً، من جنس المال أم لا، لله تعالى؛ كزكاة، وكفارة، ونذر، أو لغيره»[3].

وجاء في «العذب الفائض»: «يتعلّق حقّ الغرماء بالتركة كلّها وإن لم يستغرقها الدَّين كتعلّق أرش الجناية برقبة الجاني، سواء كان الدَّين لله تعالى؛ كالزكاة، والكفارات، والحج الواجب، أو كان لآدمي؛ كالقرض، والثمن، والأجرة وغير ذلك»[4].

وقد مال د. عبد الرزاق السنهوري[5] نحو هذا الرأي حيث قال بأن الدَّين: «هو التزام محلّه مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية،

---

(١) د. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات ص:١٧.

(٢) هو محمد بن أحمد بن حمزة الرملي، المنوفي، المصري، الأنصاري، شمس الدين، الفقيه الشافعي، ولد بالقاهرة عام ٩١٩هـ، وولي إفتاء الشافعية، وتوفي سنة ١٠٠٤هـ. من آثاره: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للنووي، الفتاوى، غاية البيان في شرح زبدة الكلام، شرح العقود في النحو، غاية المرام في شروط المأموم والإمام. (ينظر: كحالة، معجم المؤلفين: ٣/ ٦١).

(٣) الرملي، نهاية المحتاج (٣/ ١٣٠).

(٤) الفرضي، العذب الفائض شرح عمدة الفارض (١/ ١٥) ـ بواسطة: د. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات ص:١٣.

(٥) هو عبد الرزاق بن أحمد السنهوري، من علماء القانون بمصر، ولد بالإسكندرية عام ١٣١٢هـ ـ ١٨٩٥م، تخرج بالحقوق، واختير في بعثة إلى فرنسا فحصل على دكتوراه في القانون والاقتصاد والسياسة، وتولى وزارة المعارف، واختير عضواً بمجمع اللغة العربية بمصر، وعين رئيساً لمجلس الدولة، ووضع قوانين مدنية كثيرة لمصر والعراق وسورية وليبيا والكويت. توفي بالقاهرة سنة ١٣٩١هـ ـ ١٩٧١م. من مؤلفاته: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، فقه الخلافة. (كحالة، معجم المؤلفين ٢/ ١٣٧).

وهذا هو الذي يتعلق بالذمة. وعرَّف صاحب «مرشد الحيران»[1] الدَّين بأنه ما وجب في ذمة المديون بعقد استهلاك مال أو ضمان غصب (المادة ١٦٨)[2]. والصحيح: أن مصادر الدَّين تزيد على ما ذكره «مرشد الحيران»...[3].

ب ـ أسباب ثبوت الدَّين

الأصل أنّ ذمّة الإنسان بريئة من كلِّ دينٍ أو التزام أو مسؤوليّةٍ إذا انعدم وجود سبب شرعي ينشئ ذلك ويلزم به، ومن هنا كان لا بدّ لثبوت أيّ دينٍ من سببٍ موجبٍ يقتضيه.

وما دام التعامل بالدَّين يدخل في عدة أبواب فقهية ويؤخذ به في إبرام عدد معتبر من عقود المعاملات المالية؛ فإنّ الفقهاء بحثوا في أسباب ثبوت الدَّين تحت مسميات مختلفة، فتارة يطلقون تسمية مصادر الديون، وأخرى أسباب وجوبه، ومرّة ثالثة أسباب ثبوته، كما أنهم اختلفوا في تعداد تلك الأسباب أو المصادر بين مضيِّق يحبذ تجميع الأسباب المتشابهة تحت مسمى واحد، وبين متوسّع يميل إلى فرزها

---

(١) هو محمد قدري باشا فقيه ورجل قضاء وسياسة مصري، ولد عام ١٢٣٧هـ ـ ١٨٢١م أتم تعليمه ونبغ في معرفة اللغات، وتدرج في عدة مناصب، عمل قاضياً في المحاكم المختلطة، وعمل في لجان عدة ألفت للنظر في الأحوال القانونية للبلاد منذ عام ١٨٨٠م، تولى وزارة الحقانية عام ١٨٨١م، وكان له إسهام في إصلاح الوضع التشريعي في مصر وتعديله. توفي سنة ١٣٠٦هـ ـ ١٨٩٠م. من آثاره: مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف، تطبيق ما وجد في القانون الفرنسي موافقاً لمذهب أبي حنيفة. (خير الدين الزركلي ت١٣٩٦هـ، الأعلام، ط:١٢؛ بيروت: دار العلم للملايين، ١٩٩٧م، ٧/ ٢٣١).

(٢) محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان (لا.ط؛ القاهرة: دار الآفاق العربية، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م) ص:٣٩.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (١/ ١٥).

وإفراد كل سبب بالذِّكر منفصلاً عن غيره. **ومع هذا فيمكن حصر أسباب ثبوت الدَّين في تسعة أسبابٍ وهي**[1]:

١ ـ الالتزام بالمال:

ويكون الالتزام ناشئاً عن عقدٍ يتمّ بين طرفين فيكون أحدهما مطالباً والآخر مطالباً، أو يكون أحدهما مقتضياً والآخر ملتزماً أو بمعنى آخر يكون أحدهما دائناً والآخر مديناً.

ومن أبرز هذه العقود:

*** عقد البيع:**

والبيع في اللغة: مطلق المبادلة، وهو من أسماء الأضداد التي تطلق على الشيء وضده مثل الشِّراء كما في قوله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍۭ بَخْسٍ دَرَٰهِمَ...﴾ [يوسف: ٢٠] أي: باعوه، ولذلك يُطلق على كل من العاقدين أنه بائع ومشترٍ؛ لكن إذا أطلق البائع فالمتبادر للذهن أنه باذل السِّلعة[2]. **أما في الاصطلاح فهو:** مبادلة مال بمال بطريق الاكتساب[3].

---

(١) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق (١/ ١٥)؛ ود. عبد اللطيف محمد عامر، الديون وتوثيقها في الفقه الإسلامي (لا.ط؛ القاهرة: دار مرجان للطباعة، ١٩٨٤م) ص: ١٧ ـ ٨٥؛ ود. نزيه حماد، المرجع السابق ص: ٤٦ ـ ٦٣.

(٢) الفيومي، المصباح المنير (١/ ٩٦)، مادة: «ب اع».

(٣) مصطفى الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي: عقد البيع (ط: ١؛ دمشق: دار القلم، ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م) ص: ٢١؛ وينظر: علي بن محمد الشريف الجرجاني ت٨١٦هـ، التعريفات، تحقيق: إبراهيم الأبياري (ط: ٤؛ بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م) ص: ٦٨؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٤/ ٥٠٢ ـ ٥٠٣)؛ وعلي حيدر، درر الحكام (١/ ٩٢) المادة: ١٠٥؛ ومحمد الأنصاري المشهور بالرصاع ت٨٩٤هـ، شرح حدود ابن عرفة. تحقيق: محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري (ط: ١؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٣م) ١/ ٣٢٦؛ والحطاب، مواهب الجليل (٤/ ٢٥٥)؛ وابن قدامة، المغني (٣/ ٥٦٠)؛ ود. نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص: ٨٣.

فإذا تمَّ التبادل بين البائع والمشتري في الحال فقد برئت ذمة كلٍّ من الطرفين ولم تعد مشغولة بشيء، وإلَّا فقد أصبح أحدهما دائناً والآخر مديناً.

وقد اتفق الفقهاء على أن تسليم المبيع إلى المشتري هو من التزامات البائع الناشئة عن عقد البيع، كما أن تسليم الثمن إلى البائع هو من التزامات المشتري الناشئة عن البيع أيضاً؛ لأن تسليم البدلين واجب على العاقدين، لتحقق الملك لكل منهما في البدلين(١).

أما من يجب عليه التسليم أولاً من العاقدين؛ فقد اختلف الفقهاء بشأنه إلى مذهبين هما:

المذهب الأول: ذهب الحنفية وقول لمالك بن أنس(٢)، وأحد قولي الشافعي(٣)، ورأي عند الحنابلة(٤) إلى أنه: يجب على المشتري

---

(١) الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي: عقد البيع ص:١٠٤ـ ١٠٥؛ ود. سعدي جبر، الخلافات المالية ص:٦٦.

(٢) هو مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الأنصاري إمام دار الهجرة وأحد الأئمة الأربعة عند أهل السُّنَّة. ولد بالمدينة عام ٩٣هـ أخذ العلم عن نافع مولى مولى ابن عمر، والزهري، وربيعة الرأي، ونظرائهم. وكان مشهوراً بالتثبت والتحري فيما يرويه من الأحاديث، ويتحرَّى في الفتيا ولا يبالي أن يقول: «لا أدري». كان رجلاً مهيباً يجل العلم وأهله. توفي بالمدينة سنة ١٧٩هـ. من تصانيفه: الموطأ، وتفسير غريب القرآن، وجُمع فقهه في المدونة. (ابن خلكان، وفيات الأعيان ١/ ٤٣٩؛ وابن فرحون، الديباج المذهب ١/ ٦٩ وما بعدها).

(٣) هو محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع: المطلبي القرشي، أحد أئمة المذاهب الأربعة، وإليه ينسب الشافعية. أخذ العلم عن كثير من أعلام عصره وعلى رأسهم مالك بن أنس، جمع إلى علم الفقة القراءات وعلم الأصول والحديث واللغة والشعر، وكان شديد الذكاء. نشر مذهبه بالحجاز والعراق ثم انتقل إلى مصر وبها توفي سنة ٢٠٤هـ. من تصانيفه: الأم، والرسالة، وأحكام القرآن، واختلاف الحديث. (أبو بكر بن هداية الله الحسيني ت١٠١٤هـ، طبقات الشافعية، تحقيق: عادل نويهض. ط:٢؛ بيروت: دار الآفاق الجديدة، ١٩٧٩م، ص:١١ وما بعدها).

(٤) محمد بن أحمد بن أبي بكر السرخسي ت٤٩٠هـ، المبسوط (ط:٢؛ =

التسليم أولاً؛ أي: على المشتري أن يقوم بتسليم الثمن إلى البائع أولاً (أي: الدين أولاً)، لقوله ﷺ: «**الدَّيْنُ مَقْضِيٌّ**»[(1)]، فلو تأخر تسليم الثمن عن تسليم البيع لم يكن هذا الدين مقضياً، ثم يجب على البائع تسليم المبيع بعد ذلك إلى المشتري، حتى يتحقق التساوي بينهما، **وقد استثنى هؤلاء الأئمة من ذلك أمرين:**

أولهما: المسلَّم فيه؛ لأنه دين مؤجل.

وثانيهما: الثمن المؤجل، فإذا كان الثمن مؤجلاً فيجب تسليم المبيع في الحال؛ لأن البائع أسقط حق نفسه في تسلُّم الثمن بتأجيله، وعند ذلك لا يجوز له حبس المبيع عنده[(2)].

= بيروت: دار المعرفة، د.ت) ٣/ ١٩٢؛ والكاساني، بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٤)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٤/ ٥٦١)؛ ومحمد بن أحمد بن جزي ت٧٤١هـ، القوانين الفقهية، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي (لا.ط؛ بيروت: المكتبة العصرية، ١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠٢م) ص:٢٥٩؛ ومحمد بن الخطيب الشربيني ت٩٧٧هـ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج (ط:١؛ بيروت: دار الفكر، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٤م) ٢/ ٧٣؛ والرملي، نهاية المحتاج (٤/ ٩٩)؛ والمرداوي، الإنصاف (٤/ ٤٥٨)؛ والبهوتي، شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٨٧).

(١) أخرجه: أحمد، المسند (٥/ ٢٦٧)؛ والترمذي، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة (٣/ ٥٦٥) من طريق أبي أمامة الباهلي، قال أبو عيسى: وقد روي أيضاً عن سمرة وصفوان بن أمية وأنس، قال: وحديث أبي أمامة حديث حسن غريب. قال ابن حجر العسقلاني: «وصححه ابن حبان من طريق حاتم هذه، وقد وثقه عثمان الدارمي» (أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ت٨٥٢هـ، التلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير، تصحيح: عبد الله هاشم يماني، لا.ط؛ مصر: مطبعة الكليات الأزهرية، ١٣٩٩هـ، ٣/ ٥٤).

(٢) السرخسي، المبسوط (٣/ ١٩٢)؛ والكاساني، بدائع الصنائع (٥/ ٢٥١)؛ وعثمان بن علي الزيلعي ت٧٤٣هـ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق =

المذهب الثاني: وذهب أحمد بن حنبل[(١)] في رواية، وقول للشافعي (ت٢٠٤هـ)، وقول لمالك بن أنس (ت١٧٩هـ)[(٢)]: إلى أن البائع يجبر على التسليم أولاً؛ لأن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه، فكان تقديمه أولى، سيما مع تعلق الحكم بعينه وتعلق حق البائع بذمة المشتري، وتقديم ما يتعلق بالعين أولى لتأكده[(٣)].

وعلى هذا فلا يجوز للبائع حبس المبيع عنده لاستيفاء الثمن عند هؤلاء الأئمة.

الترجيح: ويبدو لي رجحان ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول: من أنه يجب تسليم الثمن أولاً؛ لكي تتحقق فكرة التوازن التي لها سيادة مطلقة في شتى نواحي فقه المعاملات في التشريع الإسلامي، فالمشتري قد تعينت ملكيته في مبيع معين، أما البائع فحقه بعد العقد في ذمة المشتري، والملك المتعين أقوى، فلكي يتحقق التوازن بين الطرفين يجب أن يبدأ المشتري بتسليم الثمن حتى تصبح ملكية البائع متعينة فيه بالقبض، فلو فرض العكس بأن وجب على البائع تسليم المبيع أولاً لوقع البائع بسبب عدم تعين ملكيته تحت خطر إفلاس المشتري فضلاً عن

= (ط:٢؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت ـ مصور عن ط:١؛ مصر: المطبعة الأميرية ببولاق، ١٣١٥هـ) ٤/ ١٤؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٤/ ٥٦١)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ٧٣).

(١) هو أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال الشيباني المروزي، أبو عبد الله، أحد الأئمة الأربعة، وإليه نسبة الحنابلة، عرف بالزهد والاهتمام بجمع الحديث الشريف والتفرغ له. واجه الابتلاءات الكثيرة بالثبات والصبر. توفي سنة ٢٤١هـ. من مصنفاته: المسند، وكتاب الزهد، وفضائل الصحابة. (السيوطي، طبقات الحفاظ ص:١٨٩؛ والزركلي، الأعلام ١/ ١٩٢).

(٢) ابن جزي، القوانين الفقهية ص:٢٥٩؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ٧٤ ـ ٧٥)؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٢١٩)؛ والمرداوي، الإنصاف (٤/ ٤٥٧).

(٣) ابن قدامة، المغني (٤/ ٢١٩).

المماطلة المحتملة، على أن المشتري لا يكون مكلفاً بتسليم الثمن إلا إذا أحضر البائع السلعة المبيعة واستعد لتسليمها(١).

* **عقد السَّلَم:**

السلم لغة: السلف وزناً ومعنى(٢).

واصطلاحاً: بيع آجل موصوف في الذمة بعاجل(٣)؛ فهو البيع الذي يكون فيه الثمن معجّلاً واستلام المبيع مؤجّلاً.

وذهب جمهور الفقهاء(٤) إلى أن عقد السلم شُرع استثناءً من القواعد العامة في العقود، فهو على خلاف القياس؛ لأنه من قبيل بيع المعدوم، وبيع ما لم يقبض، وذلك لحاجة الطرفين إليه. وذهب متأخرو الحنابلة كابن تيمية (ت٧٢٨هـ)(٥)، وتلميذه ابن القيم (ت٧٥١هـ)(٦)،

---

(١) ينظر: الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي: عقد البيع ص:١٠٤ ـ ١٠٥؛ ود. سعدي جبر، الخلافات المالية ص:٦٦ ـ ٦٧.

(٢) الفيومي، المصباح المنير (١/ ٢٨٦)، مادة: «س ل م».

(٣) ينظر في التعريف الاصطلاحي للسلم: ابن عابدين، حاشية رد المحتار (٤/ ٢٠٣)؛ وعلي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المادة: ١٢٣ (١/ ٩٩)؛ ومحمد بن أحمد بن رشد القرطبي ت٥٢٠هـ، المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات. تحقيق: الأستاذ سعيد أحمد أعراب (ط:١؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م) ٢/ ١٩؛ والرصاع، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٣٩٥)؛ ومنصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، ١٤٠٢هـ) ٣/ ٢٧٦؛ وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٢١٤)؛ ود. نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص:١٥٧.

(٤) زين الدين بن إبراهيم بن نجيم ت٩٧٠هـ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت) ٦/ ١٦٩؛ وعليش، منح الجليل (٣/ ٢)؛ وزكريا الأنصاري، أسنى المطالب (٢/ ١٢٢)؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٣٢١).

(٥) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٢٩).

(٦) محمد بن أبي بكر الزرعي المعروف بابن القيم ت٧٥١هـ، إعلام الموقعين عن =

والظاهرية[1] إلى أن السلم عقد مستقل، وأنه ليس استثناء من القاعدة، وأولوا الحديث الذي نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان بأن المقصود منه بيع ما لا يقدر الإنسان على تسليمه.

ونجد في عقد السلم أن من شروط صحته أن يكون المسلَّم فيه (المبيع) ديناً في ذمة المسلَّم إليه (البائع)، ولا يصحّ أن يكون حالاً. بهذا قال أبو حنيفة (ت١٥٠هـ)، ومالك (ت١٧٩هـ)، والأوزاعي[2]، وأحمد (ت٢٤١هـ)[3].

* **عقد القرض:**

والقرض في اللغة: القطع، ومن أجل ذلك سمي المال المدفوع للمقترض قرضاً، لأنه قطعة من مال المقرض[4]. **واصطلاحاً:** هو دفع مال إرفاقاً لمن ينتفع به ويرد بدله[5].

= رب العالمين، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد (لا.ط؛ بيروت: المكتبة العصرية، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م) ٢/ ١٩.

(١) علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ت٤٥٦هـ، المحلى (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت) ٩/ ١٠٥.

(٢) هو عبد الرحمٰن بن عمرو بن محمد الأوزاعي، أبو عمرو، الدمشقي، من فقهاء المحدثين، ولد ببغداد عام ٨٨هـ، وأقام بدمشق، من شيوخه: يحيى بن أبي كثير، وحدث عنه كثيرون منهم: مالك بن أنس، والثوري، والزهري. توفي مرابطاً ببيروت سنة ١٥٧هـ. من آثاره: السنن، والمسائل. (ينظر: السيوطي، طبقات الحفاظ ص:٨٥).

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع (٥/ ٢١٢)؛ وابن جزي، القوانين الفقهية ص:٢٧٤؛ البهوتي، كشاف القناع (٣/ ٢٩٢).

(٤) الفيومي، المصباح المنير (٢/ ٤٩٧ ـ ٤٩٨)، مادة: «ق ر ض».

(٥) البهوتي، كشاف القناع (٢/ ٢٩٨)؛ وينظر في تعريف القرض: ابن عابدين، حاشية رد المحتار (٤/ ١٧١)؛ والرصاع، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٠١)؛ والبهوتي، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٢٤)؛ ود. نزيه حماد، عقد القرض في الشريعة الإسلامية (ط:١؛ دمشق: دار القلم، ١٤١١هـ ـ ١٩٩١م) ص:٩ وما بعدها؛ ومعجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص:٢٢٤.

ولا يكون الدفع تفضُّلاً إلَّا إذا كان النفع للمقترض وحده. ويتبين من هذا التعريف أن القرض لا يكون إلا في شيء متموَّل؛ أي: له قيمة معتبرة شرعاً، وأن له عوضاً يُرَدُّ للمقترض في وقت معين وهذا يخالف الهبة، وأن العوض يخالف القرض فيخرج السلم والصرف بذلك: وأن الغاية من وراء هذا القرض هي نفع المقترض والتعاون معه[1].

ويعتبر القرض من أبرز أسباب ثبوت الدين، حتى أن البعض يطلقون عليه اسم الدين ويجعلون القرض والسلف والدين شيئاً واحداً[2].

*** عقد الإجارة:**

والإجارة في اللغة: مأخوذة من الأجر وهو الثواب والجزاء، وهي الأجرة على العمل[3]. **وفي الاصطلاح**: تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم[4]، وإن الأجرة واجبة بمجرد العقد، وهي كالدَّين يمكن أن تكون في الذمة إذا لم يعجل بأدائها[5].

---

(١) د. عبد اللطيف محمد عامر، الديون وتوثيقها في الفقه الإسلامي ص:٢٨.

(٢) المرجع نفسه ص:٢٧.

(٣) الفيومي، المصباح المنير (١/ ٥)؛ وإبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط (١/ ٢٧) مادة: «أ ج ر».

(٤) ينظر: المرغيناني، الهداية (٣/ ٢٣١)؛ وعلي حيدر، درر الحكام، المادة: ٤٠٥ (٢/ ٣٧٢)؛ والحطاب، مواهب الجليل (٥/ ٣٨٩)؛ ومحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي ت١٢٣٠هـ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م) ٤/ ٢؛ وعليش، منح الجليل (٣/ ٧٢٥)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ٣٣٢)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٥/ ٢٥٨)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٣/ ٥٤٦)؛ وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٥٠)؛ ود. أحمد حسن، نظرية الأجور في الفقه الإسلامي (ط:١؛ دمشق: دار اقرأ، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م) ص:١٣ وما بعدها؛ ود. نزيه حماد، المرجع السابق ص:٢٦

(٥) د. عبد اللطيف محمد عامر، الديون وتوثيقها في الفقه الإسلامي ص:٢٦.

وعلى هذا فالمنفعة حين تكون مشروعة فإنها تصلح أن تكون محلاً لعقد الإجارة، وإذا صلحت فإن على المنتفع بها أن يؤدي في مقابلها عوضاً هو الأجرة، وهذه الأجرة قد يؤديها حالة فتكون عيناً، وقد يتفقان على تأجيلها فتكون ديناً(١).

كما يأتي الالتزام بالمال كذلك من خلال إرادةٍ منفردةٍ، ومن الأمثلة في هذا: النذر بالمال عند جميع الفقهاء، والتزام المعروف عند المالكية. وبيان ذلك فيما يلي:

* **النَّذر:**

والنذر كما عرَّفه الراغب الأصفهاني (ت٥٠٢هـ): «أن توجب على نفسك ما ليس بواجب لحدوث أمر»(٢).

وعلى الرغم من أن النذر في حكم التطوع، وليس من عقود المعاوضة التي يتم فيها تبادل أحد عوضين بآخر، إلا أنه يجب الوفاء به على اعتبار أنه دين في عنق الإنسان(٣)، فقد جعل القرآن الوفاء بالنذر من أعمال الحج حيث قال تعالى: ﴿ثُمَّ لْيَقْضُوا تَفَثَهُمْ وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ ﴿٢٩﴾﴾ [الحج: ٢٩]، كما جعله من سمات الأبرار بقوله: ﴿يُوفُونَ بِالنَّذْرِ﴾ [الإنسان: ٧].

ولقد ثبت المنع من النذر بما رواه ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه نهى عن النذر وقال: «**إِنَّهُ لَا يَرُدُّ شَيْئاً وَلَكِنْ يُسْتَخْرَجُ بِهِ مِنَ الْبَخِيلِ**»(٤). ووجه قوله عليه الصلاة والسلام: «**وَلَكِنْ يُسْتَخْرَجُ بِهِ مِنَ**

---

(١) د. عبد اللطيف محمد عامر، المرجع السابق ص: ٢٧.

(٢) الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، مرجع سابق، ص: ٤٨٩ مادة: «ن ذ ر».

(٣) د. عبد اللطيف محمد عامر، المرجع السابق ص: ٥٨.

(٤) متفق عليه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب القدر، باب إلقاء العبد النذر إلى القدر (٦/ ٢٤٣٧)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب النذر، كتاب النهي عن النذر وأنه لا يرد شيئاً (٣/ ١٢٦٠ ـ ١٢٦١).

البَخِيلِ» أنه ثبت به وجوب استخراجه من ماله؛ ولو كان غير لازم له لم يجز أن يكره عليه[1].

وعلى هذا فالنذر ليس واجباً ابتداءً، ولكن الوفاء به واجب، فلو نذر المسلم الصدقة كل يوم بكذا فمرت أيام وهو معسر ثبت في ذمته ديناً مؤجلاً[2]، والأجل هنا هو الميسرة التي ينظر فيها المدين بقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

*** التزام المعروف:**

ذهب المالكية إلى أن كل التزام فردي بهبة، أو صدقة، أو حُبس، أو جائزة، أو قرض، على وجه الصلة وطلب البر والمكافأة وما أشبه ذلك من الوجوه المعروفة بين الناس في احتسابهم وحسن معاشرتهم، لازم لصاحبه، لا يقبل منه الرجوع عنه، ولصاحب الحق فيه إذا كان معيناً أن يخاصمه فيه أمام القضاء، فيقضى عليه به.

قال الحطاب[3]: من التزم الإنفاق على شخص مدة معينة، أو مدة حياة المنفق أو المنفق عليه، أو حتى يقدم زيد أو إلى أجل مجهول لزمه ذلك ما لم يفلس أو يمت؛ لأنه قد تقدم في كلام ابن رشد أن المعروف على

---

(١) ابن حزم، المحلى (٥/ ١٠).

(٢) عبد الرحمٰن بن أبي بكر السيوطي ت٩١١هـ، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تحقيق: محمد المعتصم بالله البغدادي (ط:٤؛ بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م) ص:٥٤٣.

(٣) محمد بن محمد بن عبد الرحمٰن المعروف بالحطاب الرعيني، أبو عبد الله، فقيه، أصولي، صوفي، من أعلام المالكية، ولد بمكة عام ٩٠٢هـ وتوفي بطرابس الغرب سنة ٩٥٤هـ. من آثاره: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، تحرير المقالة في شرح نظائر الرسالة، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام، وتفريج القلوب، وقرة العين بشرح ورقات إمام الحرمين. (أحمد بابا التنبكتي ت١٠٣٦هـ، كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج، تحقيق: محمد مطيع، لا.ط؛ المغرب: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م، ٢/ ٢٢٧ ـ ٢٣٠).

مذهب مالك وأصحابه لازم لمن أوجبه على نفسه ما لم يفلس أو يمت[(1)].

٢ ـ العمل غير المشروع المقتضي لثبوت دينٍ على الفاعل:

إن العمل غير المشروع قد يسبب ضرراً يقع على النفس، أو ضرراً يقع على المال؛ ومن ثم فإن «كل ضرر يلحقه أحد بآخر دون مسوغ مشروع يجعل فاعله مسؤولاً تجاه المضرور»[(2)] وتترتب عليه حقوق مالية لصالح الذي وقع عليه الضرر. **مثال ذلك:**

* **جريمة قتل النفس الموجبة للقصاص:** فإذا امتنع القصاص أو سقط بسبب من الأسباب فإنه يصار إلى الدّية[(3)]، وقد وجبت الدية بقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ۖ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ ٱللَّهِ ۗ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿٩٢﴾﴾ [النساء: ٩٢]، وبقول الرسول ﷺ: «**وَإِنَّ فِي النَّفْسِ الدِّيَةُ مِائَةٌ مِنَ الإبِلِ...**»[(4)].

---

(١) محمد بن محمد بن عبد الرحمٰن الحطاب ت٩٥٤هـ، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق: عبد السلام محمد الشريف (ط:١؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م) ص:٧٥.

(٢) مصطفى الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه (ط:١؛ دمشق: دار القلم، ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٨م) ص:٦٣.

(٣) محمد بن أحمد بن رشد الحفيد ت٥٩٥هـ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ط:٩؛ بيروت: دار المعرفة، ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٨م) ٢/ ٥١٠؛ وابن جزي، القوانين الفقهية ص:٣٤٦؛ وأحمد بن محمد بن أحمد الدردير ت١٢٠١هـ، الشرح الكبير ـ بهامش حاشية الدسوقي ـ (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، ١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠٢م) ٤/ ٢٣٧؛ والشربيني، مغني المحتاج (٤/ ٣ ـ ٢٢)؛ وابن قدامة، المغني (٧/ ٦٥٢ ـ ٦٨٣).

(٤) أخرجه: مالك بن أنس ت١٧٩هـ، الموطأ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي (لا.ط؛ مصر: دار إحياء التراث العربي، د.ت)، كتاب العقول، باب ذكر العقول، ٢/ ٨٤٩ من حديث عمرو بن حزم عن أبيه؛ والنسائي، السنن =

* **وكذا الجناية على ما دون النفس**، مما يوجب الأَرْشَ[1] الذي قد يساوي مقداره الدية الكاملة وقد يقلّ عنها بحسب طبيعة العضو المعتدى عليه ومركزه في البدن، والتقدير الفقهي المناسب له وفق ما هو مفصّل في المدونات الفقهية[2].

* **إتلاف مال الغير**، مما يوجب الضمان ويثبت في الذمة ديناً؛ المثلي بمثله، والقيمي بقيمته ففي الحديث النبوي المروي عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها[3] أنها قالت: «مَا رَأَيْتُ صَانِعَةً طَعَاماً مِثْلَ صَفِيَّةَ، أَهْدَتْ إلِىَ النَّبيِّ ﷺ إنَاءً مِنْ طَعَام، فَمَا مَلَكْتُ نَفْسِي أَنْ كَسَرْتُهُ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ الله مَا كَفَّارَتُهُ؟ قَالَ: **إنَاءٌ بإِنَاءٍ، وَطَعَامٌ بطَعَامٍ**»[4].

= الكبرى (٤/ ٢٤٥)؛ وابن حبان، صحيح ابن حبان (١٤/ ٥٠٧)؛ والبيهقي، السنن الكبرى (٨/ ٧٣)؛ والدارمي، سنن الدارمي، كتاب الديات، باب كم الدية من الإبل (٢/ ٢٥٣).

(١) الأرش: أصل الأرش في اللغة الفساد، ثم استعمل في نقصان الأعيان، لأنه فساد فيها. أما اصطلاحاً: فهو اسم للمال الواجب في الجناية على ما دون النفس؛ سمي بذلك لأنه جابر لها عما حصل فيها من النقص (ينظر: الجرجاني، التعريفات ص:٣١، ود. نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص:٢٦).

(٢) ينظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار (٦/ ٥٧٥)؛ وابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٥٤٣)؛ وابن جزي، القوانين الفقهية ص:٣٦٨؛ والشيرازي، المهذب (٢/ ٢٠٠)؛ وابن قدامة، المغني (٨/ ٥ وما بعدها)؛ والبهوتي، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٣١٤، ٣٢٠).

(٣) هي عائشة بنت أبي بكر الصديق، أم المؤمنين، تزوجها رسول الله ﷺ في السنة الثانية قبل الهجرة، ولم يدخل بها إلا بعد سنين. كانت أكثر النساء رواية للحديث، كما كانت مرجعاً في الفقه والفتوى. توفيت بالمدينة سنة ٥٨هـ (ينظر: ابن الجوزي، صفة الصفوة: ٢/ ١٥).

(٤) أخرجه: أحمد، المسند (٦/ ١٤٨)؛ والترمذي، سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن يكسر الشيء... (٣/ ٦٤٠) وقال الترمذي: هذا =

* **وتعدّي يد الأمانة أو تفريطها في المحافظة على ما بحوزتها من أموالٍ**، أو تعمّد الأجير الخاصّ إتلاف الأعيان الموجودة تحت يده أو إهماله في حفظها؛ كل ذلك يوجب الضمان ويُعدّ ديناً ثابتاً في الذمة؛ المثلي بمثله، والقيمي بقيمته[1].

ومن هذا القبيل ـ أيضاً ـ ما لو «أتلف على شخصٍ وثيقةً تتضمّن ديناً له على إنسانٍ، ولزم من إتلافها ضياع ذلك الدَّين، فيلزمه الدَّين»[2].

٣ ـ هلاك المال في يد الحائز إذا كانت يد ضمانٍ:

مهما كان سبب الهلاك[3]. مثال ذلك:

* **تلف المغصوب في يد الغاصب**؛ فإذا كان المغصوب مثلياً دفع مثله تعويضاً عنه، وإذا كان متقوَّماً دُفعت قيمته، وإذا كان المال المغصوب قائماً بعينه عند الغاصب فإنه يجب عليه أن يرده بعينه ما لم تدخله زيادة ولا نقصان، وهذا لا خلاف فيه، فإذا ذهبت عين المغصوب

= حديث حسن صحيح؛ والنسائي، السنن الكبرى (٥/ ٢٨٦).

(١) ينظر: القرافي، الفروق (٢/ ٢٠٦ ـ ٢٠٧)؛ وابن جزي، القوانين الفقهية ص: ٣٣٤ ـ ٣٣٨؛ ود. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (١/ ١١)؛ ود. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات ص: ١٧؛ ود. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة (لا. ط؛ دمشق: دار الفكر، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م) ص: ٨٧ ـ ٩٥؛ ود. محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام (ط: ١؛ الكويت: مكتبة التراث الإسلامي، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م) ص: ٨٦ ـ ١٠٧.

(٢) قاله تقي الدين السبكي، ونقله عنه ولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي ت٧٧١هـ، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق محمود محمد الطناحي، وعبد الفتاح الحلو (ط: ١؛ القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، ١٣٨٣هـ ـ ١٩٦٤م) ١٠/ ٢٣٢؛ وينظر: القرافي، الفروق (٢/ ٢٠٦)؛ وابن جزي، القوانين الفقهية ص: ٣٣٧.

(٣) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ص: ١٧٥.

وكان مكيلاً أو موزوناً فإن على الغاصب المثل؛ أي: مثل ما استهلك صفة ووزناً[1].

* **هلاك المتاع في يد الأجير المشترك** يوجب الضمان عند أبي حنيفة (ت١٥٠هـ) وصاحبيه[2] سواء أكان ذلك عمداً، أو خطأً؛ لأن العمل المأذون به بمقتضى العقد هو العمل المصلح لا المفسد. وقال زفر[3]: لا يضمن الأجير المشترك العمل المأذون فيه في الجملة، وإنما يقتصر ضمانه على حالتي التعدي والتقصير في عمله[4].

* **هلاك المتاع في يد القابض على سوم الشِّراء**؛ ذلك أن واضع اليد على الشيء يضمنه إذا عجز عن رده لصاحبه بفعله أو بفعل غيره أو

---

(١) ابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٢٣٨)؛ والسيوطي، الأشباه والنظائر ص: ٣٨٤.

(٢) الصاحبان هما:

- يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الكوفي، أبو يوسف القاضي، صاحب أبي حنيفة، ولد عام ١١٣هـ، ولي قضاء بغداد أيام المهدي والهادي وهارون الرشيد، ويقال: إنه أول من لقب بقاضي القضاة. توفي ببغداد سنة ١٨٢هـ. من آثاره: الخراج، والمخارج في الحيل. (ينظر في ترجمته: ابن خلكان، وفيات الأعيان ٢/ ٤٠٠ ـ ٤٠٦).

- ومحمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، الإمام المجتهد صاحب أبي حنيفة، ولد بواسط عام ١٣٢هـ، سمع من أبي حنيفة وهو ابن أربعة عشر عاماً، من شيوخه: سفيان الثوري والأوزاعي ومالك بن أنس، وله رواية للموطأ، توفي سنة ١٨٩هـ. من آثاره: المبسوط، السير الكبير، الحجة على أهل المدينة. (ينظر: ابن خلكان، المرجع نفسه ١/ ٤٥٣).

(٣) هو زفر بن الهذيل بن قيس العنبري، فقيه كبير من أصحاب أبي حنيفة وأقيسهم، ولد عام ١١٠هـ، أقام بالبصرة وتولى القضاء وبها توفي سنة ١٥٨هـ. (الزركلي، الأعلام ٣/ ٥٤).

(٤) الطحاوي، مختصر الطحاوي ص: ١٣٠؛ والكاساني، بدائع الصنائع (٤/ ٢١١)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٤٦)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ٣٥١)؛ ود. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ص: ١٧٨.

بآفة سماوية، فقابض المضمون يكون مسؤولاً عن المقبوض تجاه الغير إذا هلك عنده[1].

٤ ـ تحقّق ما جعله الشّارع مناطاً لثبوت حقٍّ ماليٍّ:

فإذا وجد سبب من ذلك وَجَبَ الدَّينُ في ذمّة من قضى الشّارع بإلزامه به[2]. مثال ذلك:

* **حولان الحول على النِّصاب في الزَّكاة**؛ فهي ركن من أركان الإسلام، وهي حق أوجبه الله للفقراء في أموال الأغنياء بقوله سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ فِىٓ أَمْوَٰلِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ ﴿٢٤﴾ لِّلسَّآئِلِ وَٱلْمَحْرُومِ ﴿٢٥﴾﴾ [المعارج: ٢٤، ٢٥]. ومع أن الزكاة عبادة، فإنها من الديون التي تتعلق بذمة العبد حقاً لله، وتتضمن تكليفاً مالياً فرضه الله تعالى في أموال الناس على وجه الابتلاء.

ـ احتباس المرأة في نفقة الزّوجيّة، وتعد نفقة الزوجة عوضاً عن احتباسها لزوجها بمقتضى عقد الزواج، ولا يحتاج إلى شرطها في العقد. والنفقة مقدرة تقديراً نسبياً بالنظر إلى يسر الزوج أو إعساره مصداقاً لقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ. . .﴾ [الطلاق: ٧]، ولا تسقط نفقة الزوجة بمضي الزمان وتبقى ديناً ثابتاً في الذمة[3].

* **حاجة القريب في نفقة الأقارب**، والتي تخرج من الكفاية؛ أي:

---

(١) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٤/٢٤٨)؛ والقرافي، الفروق (٢/٢٠٧)؛ وابن رشد، بداية المجتهد (٢/٣١١)؛ وابن جزي، القوانين الفقهية ص:٣٣٥؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/٢٧٩)؛ وابن قدامة، المغني (٤/٣١١)؛ وابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي ص:٥٣؛ ود. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ص:١٧٥ ـ ١٧٦.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (١/١١).

(٣) د. عبد اللطيف محمد عامر، الديون وتوثيقها في الفقه الإسلامي ص:٥٢ ـ ٥٣.

بعد خروج النفقة الواجبة دون تحديد لمقدارها[1]، وقد روى طارق بن عبد الله المحاربي رضي الله عنه[2] أن رسول الله ﷺ خطب الناس في المدينة يوماً فكان مما قال: «**يَدُ المُعْطِي العُلْيَا، وَابْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ؛ أُمَّكَ وَأَبَاكَ، وَأُخْتَكَ وَأَخَاكَ؛ ثُمَّ أَدْنَاكَ أَدْنَاكَ**»[3].

٥ ـ إيجاب الدولة لبعض التّكاليف الماليّة على القادرين عليها:

من أجل الوفاء بالمصالح العامّة للأمّة إذا عجز بيت المال عن الوفاء بها، أو للمساهمة في إغاثة المنكوبين، وإعانة المتضرّرين بزلزالٍ مدمّرٍ، أو حريقٍ شاملٍ، أو حربٍ مهلكةٍ، ونحو ذلك ممّا يفجأ النّاس ولا يتّسع بيت المال لتحمّله أو التّعويض عنه[4].

---

(١) د. عبد اللطيف محمد عامر، المرجع السابق ص:٥٣.

(٢) طارق بن عبد الله المحاربي، صحابي جليل، نزل الكوفة، وروى عنه أبو الشعثاء، وربعي بن خراش، وأبو ضمرة. (يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر ت٤٦٣هـ، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق: علي محمد البجاوي، ط:١؛ بيروت: دار الجيل، ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م ٢/ ٧٥٦؛ وابن حجر، الإصابة ٣/ ٥١١).

(٣) أخرجه: النسائي، السنن الكبرى، كتاب الزكاة، باب اليد العليا (٢/ ٣٣)؛ وأحمد، المسند (٢/ ٢٢٦)؛ و(٤/ ٦٤، ١٦٣)؛ و(٥/ ٣٧٧)؛ وابن حبان، صحيح ابن حبان؛ كتاب الزكاة، باب صدقة التطوع (٨/ ١٣٠)، وفي كتاب التاريخ، باب كتب النبي ﷺ (١٤/ ٥١٩)؛ والبيهقي، السنن الكبرى (٦/ ٢٠)؛ و(٨/ ٣٤٥)؛ والدارقطني، سنن الدارقطني (٣/ ٤٤)؛ والحاكم، المستدرك على الصحيحين (٢/ ٦٨٨)، وقال الحاكم: «حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه»؛ وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٣/ ٩٨): رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح.

(٤) ينظر صفحة: ٤٢ و٤٣ من هذا البحث، وكذا: ابن عابدين، حاشية رد المحتار (٢/ ٣٣٦، ٣٣٧)؛ والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٢/ ٢٤٢)؛ وأحمد بن يحيى الونشريسي ت٩١٤هـ، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، تحقيق: جماعة من الفقهاء بإشراف د. محمد حجي (لا.ط؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤٠١هـ ـ =

لكن لا يجوز هذا إلّا بشروطٍ هي[1]:

١ ـ أن تتعيّن الحاجة، فلو كان في بيت المال ما يقوم به لم يجز أن يفرض عليهم شيء.

٢ ـ أن يتصرّف فيه بالعدل، ولا يجوز أن يستأثر به دون المسلمين، ولا أن ينفقه في سَرْفٍ، ولا أن يعطي من لا يستحقّ، ولا يعطي أحداً أكثر ممّا يستحقّ.

٣ ـ أن يصرف مصرفه بحسب المصلحة والحاجة لا بحسب الغرض.

٤ ـ أن يكون الغرم على من كان قادراً من غير ضررٍ ولا إجحافٍ، ومن لا شيء له، أو له شيء قليل فلا يغرم شيئاً.

٥ ـ أن يتفقّد هذا في كلّ وقتٍ، فربّما جاء وقت لا يفتقر فيه لزيادةٍ على ما في بيت المال، فلا يوزّع. وكما يتعيّن المال في التّوزيع، فكذلك إذا تعيّنت الضّرورة للمعونة بالأبدان ولم يكف المال، فإنّ النّاس يجبرون على التّعاون على الأمر الدّاعي للمعونة بشرط القدرة وتعيّن المصلحة والافتقار إلى ذلك[2].

٦ ـ أداء ما يظنّ أنّه واجب عليه، ثمّ يتبيّن براءة ذمّته منه:

كمن دفع إلى شخصٍ مالاً يظنّه ديناً واجباً عليه، وليس بدينٍ واجبٍ في الحقيقة، فله أن يرجع على القابض بما أخذه منه بغير حقٍّ،

= ١٩٨١م) ١١/ ١٣١؛ ومحمد بن محمد الغزالي ت٥٠٥هـ، المستصفى من علم الأصول (ط:٢؛ بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت ـ تصوير عن: ط:١؛ مصر: المطبعة الأميرية ببولاق، ١٣٢٢هـ) ١/ ٣٠٤؛ والرملي، نهاية المحتاج (٨/ ٥٠).

(١) الونشريسي، المرجع السابق (١/ ١٢٧ـ ١٢٨).

(٢) الونشريسي، المرجع نفسه.

ويكون ذلك ديناً في ذمّته، وذلك لأنّ من أخذ من غيره ما لا حقّ له فيه، فيجب عليه ردّه إليه[1].

وقد نصت المادة (٢٠٧) من «مرشد الحيران» «من دفع شيئاً ظانّاً أنّه واجب عليه، فتبيّن عدم وجوبه، فله الرّجوع به على من قبضه منه بغير حقٍّ»[2].

٧ ـ أداء واجبٍ ماليٍّ يلزم الغير عنه بناءً على طلبه:

كما إذا أمر شخص غيره بأداء دينه، فأدّاه المأمور من ماله عنه، فإنّ ما دفعه يكون ديناً في ذمّة الآمر للمأمور، يرجع عليه به، سواء شرط الآمر رجوعه ـ بأن قال له: أدّ ديني على أن أؤدّيه لك بعد ـ أو لم يشرط ذلك، بأن قال له: أدّ ديني ـ فقط ـ فأدّاه[3].

ومثل ذلك ما لو أمر شخص آخر بشراء شيءٍ له، أو ببناء دارٍ، أو دكّانٍ، أو غير ذلك، ففعل المأمور ذلك، فإنّه يرجع على الآمر بما

---

(١) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (١/ ١١)؛ د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ص:٢١١. وهذه القضية فرع للقاعدة الفقهية الكلية: «لا يجوز لأحد أخذ مال أحد بلا سبب شرعي». ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٨٦، المادة: ٩٧)؛ وأحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، تنسيق ومراجعة وتصحيح: د. عبد الستار أبو غدة (ط:١؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م) ص:٣٩٧ ـ ٣٩٨.

(٢) محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ص:٥١.

(٣) ابن عابدين، حاشية رد المحتار (٢/ ٦٧٤)؛ وعلي حيدر، درر الحكام (٣/ ٦٣٧ وما بعدها ـ المادة: ١٥٠٦)؛ ومحمد قدري باشا، مرشد الحيران، المادة (١٩٨) و(١٩٩) ص:٤٨ ـ ٤٩؛ وعبد الكريم بن محمد الرافعي ت٦٢٣هـ، فتح العزيز شرح الوجيز (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت) ١٠/ ٣٨٩؛ والرملي، نهاية المحتاج (٤/ ٤٤٨)؛ ود. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات ص:٦١.

دفعه، سواء اشترط عليه الرّجوع أو لم يشترط[1]. وكذا لو أمر شخص آخر بأن يكفله بالمال فكفله، ثمّ أدّى الكفيل ما كفل به، فإنّه يرجع على المكفول بما أدّى عنه[2]. وكذا إذا أحال مدين دائنه على شخصٍ غير مدينٍ للمحيل، فرضي المحال عليه، وأدّى عنه الدّين المحال به بناءً على طلبه، فإنّ المحال عليه يرجع على المحيل بما أدّى عنه[3].

٨ ـ الفعل المشروع حالة الضّرورة إذا ترتّب عليه إتلاف مال الغير:

كمن أكل طعام غيره بدون إذنه مضطرّاً لدفع الهلاك عن نفسه، فإنّ ترخيص الشّارع وإباحته استهلاك مال الغير بدون إذنه لداعي الضّرورة لا يسقط عن الفاعل المسئوليّة الماليّة، ولا يعفيه من ثبوت مثل ما أتلفه، أو قيمته ديناً في ذمّته لمالكه، فالأعذار الشّرعيّة لا تنافي

---

(١) ابن عابدين، حاشية رد المحتار (٢/ ٣٣٤)؛ وينظر: علي حيدر، درر الحكام (٣/ ٦٤١) المادة (١٥٠٨)؛ ومحمد قدري باشا، مرشد الحيران، المادة (٢٠٠) ص: ٤٩.

(٢) ينظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار (٤/ ٢٧١)؛ ومحمد قدري باشا، مرشد الحيران، المادة: ٨٦٢، ص: ٢٢٣؛ عبد الوهاب البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/ ٦٠١)؛ والشيرازي، المهذب (١/ ٣٤٩)؛ والرافعي، فتح العزيز (١٠/ ٣٩٠)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٤/ ٤٤٧)؛ وابن قدامة، المغني (٥/ ٨٦).

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع (٧/ ٣٤٤٣)؛ والزيلعي، تبيين الحقائق (٤/ ١٧٤)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٤/ ٢٩٤)؛ وعلي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٤٣)؛ وعلي بن عبد السلام التسولي ت١٢٥٨هـ، البهجة في شرح التحفة ج٢ (لا. ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت) ص: ٥٨؛ ومحمد بن الطالب بن سودة التاودي ت١٢٠٧هـ، حلي المعاصم لبنت فكر ابن عاصم ـ مطبوع بهامش البهجة في شرح التحفة للتسولي ـ (٢/ ٥٧)؛ والشيرازي، المهذب (١/ ٣٤٥)؛ والرافعي، فتح العزيز (١٠/ ٣٣٩)؛ وزكريا الأنصاري، أسنى المطالب (٢/ ٢٣١)؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٥٧٩)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٣/ ٣٧٢).

عصمة المحلّ"[1]، والإباحة للاضطرار لا تنافي الضّمان[2]، ولأنّ إذن الشّارع العامّ بالتّصرّف إنّما ينفي الإثم والمؤاخذة بالعقاب، ولا يعفي من تحمّل تبعة الإتلاف، بخلاف إذن المالك[3]، وللقاعدة الفقهيّة الكلّيّة: «الاضطرار لا يبطل حقّ الغير»[4]، وبهذا قال جمهور الفقهاء من الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة والمالكيّة في المشهور عندهم، وغيرهم[5].

وخالف في ذلك بعض المالكيّة فقالوا: لا ضمان عليه في هذه الحالة؛ لأن دفع الهلاك عنه كان واجباً على المالك، والواجب لا يؤخذ له عوض[6].

وهناك رأي ثالث عند المالكيّة، وهو أنّ المضطرّ إلى طعام الغير لدفع الهلاك عن نفسه إنّما يضمن قيمته لصاحبه إن كانت معه ـ أي: بأن

---

(١) أحمد إبراهيم، الأهلية وعوارضها (مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣١م) ص: ١٠ بواسطة: د. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات ص: ٥٩.

(٢) ابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٢١٥).

(٣) وهو ما عبر عنه القرافي بقوله: «الإذن العام من قبل صاحب الشرع في التصرفات لا يسقط الضمان، وإذن المالك الآدمي في التصرفات يسقطه». (القرافي، الفروق: ١/ ١٩٥).

(٤) المادة (٣٣) من مجلّة الأحكام العدليّة (ينظر: علي حيدر، درر الحكام ١/ ٣٨؛ وأحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية ص: ١٥٩ ـ ١٦٠).

(٥) ينظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٢١٥)؛ والقرافي، الفروق (١/ ١٩٦)؛ والشيرازي، المهذب (١/ ٢٥٧)؛ عبد العزيز بن عبد السلام ت٦٦٠هـ، القواعد الكبرى الموسوم بـ: قواعد الإحكام في إصلاح الأنام، تحقيق: د. نزيه كمال حماد، ود. عثمان جمعة ضميرية (ط: ١؛ دمشق: دار القلم، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م) ١/ ٩٤، و٢/ ١٧٦؛ والرملي، نهاية المحتاج (٨/ ١٥٢ وما بعدها)؛ وابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي ص: ٣٧، ٦٩، ٧٢.

(٦) القرافي، الفروق (١/ ١٩٦).

كان معه مال حاضر ـ وإلّا فلا شيء عليه لوجوب بذل ربّه له[1].

٩ ـ القيام بعملٍ نافعٍ للغير بدون إذنه:

وهو نوعان:

النّوع الأوّل: أن يأتي بعملٍ يلزم الغير أو يحتاجه بدون إذنه.

كمن أنفق عن غيره نفقةً واجبةً عليه، أو قضى عنه ديناً ثابتاً في ذمّته، ولم ينو المنفق بذلك التبرّع، فإنّ ما دفعه يكون ديناً في ذمّة المنفق عنه. وعلى ذلك نصّ المالكيّة والحنابلة[2]، خلافاً للشّافعيّة والحنفيّة[3].

ومما يدل على أن من أدّى عن غيره واجباً أنه يرجع عليه به قوله تعالى: ﴿هَلْ جَزَآءُ ٱلْإِحْسَٰنِ إِلَّا ٱلْإِحْسَٰنُ ۝٦٠﴾ [الرحمٰن: ٦٠]، وليس من جزاء هذا المحسن بتخليص من أحسن إليه بأداء دينه وفك أسره منه أن يضيع عليه معروفه وإحسانه، وأن يكون جزاؤه منه بإضاعة ماله ومكافأته عليه بالإساءة[4]، وقد روي من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ: **«مَنْ أَسْدَى إِلَيْكُمْ مَعْرُوفاً فَكَافِئُوهُ»**[5].

---

(١) الزرقاني، شرح مختصرخليل (٣/ ٣٠)؛ وعليش، منح الجليل (١/ ٥٥٩)؛ وابن حزم، المحلى (٨/ ٣٠٣).

(٢) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٩/ ٢٣٢)؛ ومحمد بن عبد بن علي الخرشي ت١١٠١هـ، الخرشي على مختصر سيدي خليل (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت) ٧/ ٦٤، ١٢٨؛ والزرقاني، المرجع نفسه (٧/ ٦٣،١١٦)؛ وعليش، المرجع نفسه (٤/ ١٢٩)؛ وابن رجب الحنبلي، المرجع السابق ص: ١٣٠ ـ ١٣١؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٦٠٧ ـ ٦٠٨)، وابن القيم، إعلام الموقعين (٢/ ٤١٤ ـ ٤٢٠).

(٣) ينظر: الرافعي، فتح العزيز (١٠/ ٣٨٨)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٤/ ٤٤٨)؛ وعلي حيدر، درر الحكام (٢/ ١١٤).

(٤) ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين (٢/ ٤١٩).

(٥) جزء من حديث روي بألفاظ متعددة ومتقاربة، تمامه عند البيهقي (السنن الكبرى ٤/ ١٩٩): **«من استعاذكم بالله فأعيذوه، ومن سألكم بالله فأعطوه، ومن دعاكم** =

ومما يوضح ذلك أن الأجنبي لو أقرض رب الدين قدر دينه، فأحال رب الدين هذا الأجنبي بدينه على المدين ملك ذلك، وأي فرق شرعي أو معنوي بين أن يوفيه ويرجع به على المدين، أو يقرضه ويحتال به على المدين؟ وهل تفرق الشريعة المشتملة على مصالح العباد بين الأمرين؟[1].

وذهب بعض الحنابلة إلى أن من قضى عن غيره ديناً واجباً بغير إذنه فإنه يرجع به عليه، ولكن بشروط ثلاثة: أن يقضي الدين عن المدين وهو ينوي الرجوع عليه، وأن يشهد على نيته عند الأداء حتى يلتزم المدين بالدفع، وأن يكون المدين ممتنعاً عن الأداء، وامتناعه هذا يفتح الباب لمن يؤدي عنه نيابة عن الحاكم الذي يملك إجباره على الأداء[2].

أما اتجاه الحنفية والشافعية فيؤكده ما جاء في «مرشد الحيران» (المادة ٢٠٥): «إذا قضى أحد دين غيره بلا أمره سقط الدّين عن المديون، سواء قبل أو لم يقبل، ويكون الدّافع متبرّعاً لا رجوع له على المديون بشيءٍ ممّا دفعه بلا أمره، ولا رجوع له على ربِّ الدَّين القابض لاسترداد ما دفعه إليه»[3]. وحجّتهم على ذلك: أنّ من أدّى عن غيره

= **فأجيبوه، ومن أتى إليكم معروفاً فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئونه به فأثنوا عليه حتى تعلموا أنكم قد كافأتموه»**. وأخرج الحديث: أبو داود، السنن، كتاب الزكاة، باب عطية من سأل بالله (٢/ ١٢٨)؛ والنسائي، السنن الكبرى، كتاب الزكاة، باب أي الصدقة أفضل(٢/ ٤٣)، وأحمد، المسند (٢/ ٦٨، ٩٥)؛ وابن حبان، صحيح ابن حبان (٨/ ١٩٩)؛ والحاكم، المستدرك على الصحيحين (٢/ ٧٣) وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد على شرط الشيخين ولم يخرجاه».

(١) د. عبد اللطيف محمد عامر، الديون وتوثيقها في الفقه الإسلامي ص:٨٠.
(٢) ينظر: ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي ص:١٣٠ ـ ١٣١.
(٣) محمد قدري باشا، مرشد الحيران ص:٥١.

واجباً عليه من دينٍ أو نفقةٍ على قريبٍ أو زوجةٍ من غير إذنه، فهو إمّا فضوليّ، وهو جدير بأن يفوت عليه ما فوّته على نفسه، أو متفضّل فعوضه على الله دون من تفضّل عليه، فلا يستحقّ مطالبته[1].

ـ وقد ذكر صاحب: «درر الحكّام شرح مجلّة الأحكام» قاعدة الحنفيّة في هذا النّوع وهي:

«إذا أوفى شخصٌ مصروفاً عائداً على غيره بدون أمره أو إذن الحاكم يكون متبرِّعاً»[2].

وحكى لهذه القاعدة فروعاً كثيرةً منها:

أ ـ إذا وفّى شخص دين آخر بدون أمره يكون متبرّعاً[3].

ب ـ إذا دفع الرّاهن أو المرتهن من تلقاء نفسه مصروفاً على الرّهن يلزم الآخر بدون أمره أو إذن الحاكم يعتبر متبرِّعاً، ولا يحقّ له المطالبة به؛ لأنه ليس مضطرّاً لهذا الإنفاق طالما أنّه مقتدر على استحصال أمرٍ من الحاكم به لتأمين حقّه بالرّجوع على المستفيد بما أدّى عنه[4].

جـ ـ إذا أدّى المستأجر المصاريف اللازمة على المؤجّر بلا أمره يكون متبرِّعاً[5]، وإذا أعطى المستأجر الحيوان المأجور علفاً بدون أمر المؤجِّر يكون متبرِّعاً[6].

---

(١) ينظر: ابن القيم، المرجع السابق (٢/ ٤١٨).

(٢) علي حيدر، درر الحكام (٢/ ١١٢).

(٣) المرجع نفسه (٢/ ١١٤)؛ و(٣/ ٦٣٨).

(٤) المادة (٧٢٥) من المجلة، وينظر: علي حيدر، المرجع نفسه (٢/ ١١٢ وما بعدها)؛ و(٣/ ٦٤٢).

(٥) المادة (٥٢٩) من المجلة، وينظر: علي حيدر، المرجع نفسه (١/ ٥١٧ وما بعدها)؛ و(٢/ ١١٤).

(٦) المادة (٥٦١) من المجلة، وينظر: علي حيدر، المرجع نفسه (١/ ٥٥١)، (٢/ ١١٤)؛ و(٣/ ٦٤٢).

د ـ إذا كفل شخص دين آخر بدون أمره يكون متبرِّعاً[1].

هـ ـ إذا صرف المودع على الوديعة بلا أمر صاحبها أو إذن الحاكم يعدّ متبرِّعاً[2].

و ـ إذا عمّر الشّريك الملك المشترك من تلقاء نفسه بدون إذن الشّريك أو الحاكم يعدّ متبرِّعاً[3].

ز ـ لو أنشأ أحد داراً أو عمّرها لصاحبها بدون أمره كان البناء أو العمارة لصاحب العرصة أو الدّار، ويكون المنشئ متبرّعاً فيما أنفقه[4].

ح ـ لو أنفق شخص على عرس آخر بلا إذنه كان متبرِّعاً[5].

ـ والنّوع الثّاني من القيام بعملٍ نافعٍ للغير:

أن لا يستهدف الشخص من إسداء النفع لغيره أن ينفعه نفعاً مباشراً، ولكنه قد يسدي هذا النفع إلى غيره؛ حيث يكون هذا الفعل وسيلة إلى تحقيق نفع شخصي له.

فلو قضى أحد الورثة دين الميت ليخلص التركة من الديون، وفي تخليصها من الديون تحرير لحقه المتعلق بها، فكان العمل النافع الذي أداه لغيره وسيلة إلى منفعة يريدها لنفسه ولا سبيل إليها إلا بهذا العمل[6]، وإذا أعار شخص لآخر عيناً ليرهنها بدينٍ عليه، ولمّا أراد

---

(١) علي حيدر، المرجع السابق ١/ ٦٩٤، (٢/ ١١٤).

(٢) ينظر: المادة (٧٨٦) من المجلة، وينظر: علي حيدر، المرجع نفسه (٢/ ١١٤، ٢٥٢)؛ و(٣/ ٦٤٢).

(٣) ينظر: المادة (١٣١١) من المجلة؛ وعلي حيدر، المرجع نفسه (٢/ ١١٤)؛ و(٣/ ٣٣٤ وما بعدها)؛ والمواد من (٧٦٥) إلى (٧٦٩) من مرشد الحيران لمحمد قدري باشا ص: ١٦٩ ـ ١٧١.

(٤) علي حيدر، المرجع نفسه (٣/ ٦٤٢).

(٥) علي حيدر، المرجع نفسه (٣/ ٦٤٢).

(٦) د. عبد اللطيف محمد عامر، الديون وتوثيقها في الفقه الإسلامي ص: ٨٤.

المعير استردادها لم يتمكّن من ذلك إلّا بقضاء دين المرتهن ففعل، فإنّه يرجع على المستعير بالدّين، وبهذا قال جمهور الفقهاء من الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة والحنابلة[1].



(١) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق (٦/ ٨٩)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٣٣١)؛ وعلي حيدر، المرجع السابق (٢/ ١١٣، ١٣٠)، (٣/ ٣٣١، ٣٤٢ وما بعدها)؛ وابن القيم، إعلام الموقعين (٢/ ٤١٧ وما بعدها)؛ وابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي ١٤٦ ـ ١٤٨.

ثالثاً

الأساليب التحفيزية للوفاء بالديون

لقد ورد الأمر بالوفاء بالديون في القرآن الكريم وفي سُنَّة النبي ﷺ بأساليب متعددة؛ تارة عن طريق الترغيب وأخرى باستعمال الترهيب مما يبرز بوضوح عناية التشريع الإسلامي بحفظ الديون والأموال، والحرص على إبراء الذمة وإرجاع الحقوق إلى أهلها.

ومن أهم صور تلك الأساليب التحفيزية ما يلي:

١ ـ التحذير من أكل أموال الناس بالباطل

وقد نهى الله تعالى عن أكل المال بالباطل فقال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ...﴾ [النساء: ٢٩]. وروي من حديث عبد الله بن مسعودٍ رضي الله عنه أنّ النّبيّ ﷺ قال: «**حُرْمَةُ مَالِ الْمُؤْمِنِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ**»[(١)].

(١) أخرجه: أحمد بن عمرو البزار ت٢٩٢هـ، مسند البزار، تحقيق: د. محفوظ الرحمٰن زين الله (ط:١؛ بيروت: دار علوم القرآن، والمدينة المنورة: دار العلوم والحكم، ١٤٠٩هـ) ٥/ ١١٧؛ والدارقطني، سنن الدارقطني (٣/ ٢٦)، وقال الهيثمي: «رواه البزار وأبو يعلى وفيه محمد بن دينار وثقه ابن حبان وجماعة وضعفه جماعة وبقية رجال أبي يعلى ثقات» (الهيثمي، مجمع الزوائد ٤/ ١٧٢).

٢ ـ الأمر بأداء الأمانة

لقد جاء الأمر الإلهي صريحاً بوجوب أداء الأمانات فقال تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا...﴾ [النساء: ٥٨]، كما أمر النبيّ ﷺ بأداء الأمانة ونهى عن الخيانة فيما يرويه أبو هريرة رضي الله عنه حيث يقول ﷺ: «**أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ**»(١).

٣ ـ ترك النبي ﷺ الصلاة على الميت الذي عليه دين

ورد في السُّنَّة امتناع النبي ﷺ عن الصلاة على الميت المدين في عدّة أحاديث نبوية منها:

• حديث سلمة بن الأكوع(٢) رضي الله عنه قال: كنا جلوساً عند النبي ﷺ إذ أتي بجنازة؛ فقالوا: صلّ عليها، فقال: «**هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟**» قالوا: لا، قال:

---

(١) أخرجه: أبو داود، السنن، كتاب الإجارة، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده (٣/ ٢٩٠)، والترمذي، الجامع الصحيح (٣/ ٥٦٤) وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب؛ وأحمد، المسند (٣/ ٤١٤)؛ والدارقطني، سنن الدارقطني (٣/ ٣٥)؛ والبيهقي، السنن الكبرى (١٠/ ٢٧١)؛ والحاكم، المستدرك (٢/ ٥٣) وقال: «صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه وله شاهد عن أنس»؛ وسليمان بن أحمد الطبراني ت٣٦٠هـ، الروض الداني «المعجم الصغير» (ط:١؛ بيروت: المكتب الإسلامي، وعمّان: دار عمار، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م) ١/ ٢٨٨؛ والمعجم الكبير، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي (ط:٢؛ الموصل: مكتبة العلوم والحكم، ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٣م) ١/ ٢٦١، وقال الهيثمي: «رواه الطبراني في الكبير والصغير ورجال الكبير ثقات» (الهيثمي، مجمع الزوائد ٤/ ١٤٤ ـ ١٤٥).

(٢) هو سلمة بن عمرو بن الأكوع الأسلمي، أبو مسلم وأبو إياس المدني، صحابي جليل شهد بيعة الرضوان، توفي سنة ٧٤هـ. (ينظر: محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ت٧٤٨هـ، تهذيب سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، ط:٢؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٢م، ١/ ١٠٠ ـ ١٠١؛ وابن حجر، تقريب التهذيب ص:١٨٨).

«**فَهَلْ تَرَكَ شَيْئاً؟**» قالوا: لا؛ فصلى عليه. ثم أتي بجنازة أخرى، فقالوا: يا رسول الله صلِّ عليها، قال: «**هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟**» قيل: نعم. قال: «**فَهَلْ تَرَكَ شَيْئاً؟**» قالوا: ثلاثة دنانير فصلِّ عليها؛ قال: «**صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ**». قال أبو قتادة: صلِّ عليه يا رسول الله وعليَّ دَيْنُهُ، فصلَّى عليه[1].

• حديث أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ: «كان يُؤتى بالرجل المُتَوَفَّى عليه الدّين فيسأل: «**هَلْ تَرَكَ لِدَيْنِهِ فَضْلاً؟**» فإن حُدِّث أنه ترك لدَيْنِهِ وفاءً صلّى، وإلّا قال للمسلمين: «**صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ**»، فلما فتح الله الفتوح قال: «**أَنَا أَوْلَى بِالمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ، فَمَنْ تُوُفِّيَ مِنَ المُؤْمِنِينَ، فَتَرَكَ دَيْناً فَعَلَيَّ قَضَاؤُهُ، وَمَنْ تَرَكَ مَالاً فَلِوَرَثَتِهِ**»[2].

وعلى هذا فإن امتناع النبي ﷺ أول أمره عن الصلاة على الميت الذي عليه دين لا وفاء له، إنما كان بهدف تحريض الناس على قضاء الديون أثناء حياتهم، والتوصّل إلى البراءة منه؛ حتى لا تفوتهم صلاته ﷺ، فلما فتح الله عليه بوفرة الأموال عاد للصلاة عليهم ويتولى بنفسه ﷺ قضاء دَيْن من لم يخلّف وفاء[3].

---

(١) أخرجه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الحوالات، باب إن أحال دين الميت على رجل جاز (٢/ ٧٩٩)، وأخرجه: سليمان بن داود الطيالسي ت٢٠٤هـ، مسند الطيالسي (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت) من حديث جابر من رواية عبد الله بن محمد بن عقيل، وفيها قول النبي ﷺ ثم لقيه من الغد فقال: «**وما فعل الديناران؟**» قال: يا رسول الله مات أمس، ثم لقيه من الغد فقال: يا رسول الله قد قضيتها؛ فقال رسول الله ﷺ: «**الآن بردت عليه جلده**»، ص: ٢٣٣.

(٢) متفق عليه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الكفالة، باب الدين (٢/ ٨٠٥)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب الفرائض، باب من ترك مالاً فلورثته (٣/ ١٢٣٧).

(٣) النووي، شرح صحيح مسلم (١١/ ٦٠).

٤ ـ التحذير والتخويف من الدّين والغفلة عن قضائه

ولقد ورد في نصوص متعددة تحذير النبي ﷺ من الوقوع تحت طائلة الديون وكثرة استعاذته ﷺ منها وتخويفه للمؤمنين من الغفلة أو التغافل في سدادها. ومن هذه الأحاديث النبوية:

● حديث عروة بن الزبير[١] عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أنها أخبرته: «أن رسول الله ﷺ كان يدعو في الصلاة: **اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ مِنْ عَذَابِ القَبْرِ، وَأَعُوذُ بِكَ مِنْ فِتْنَةِ المَسِيحِ الدَّجَّالِ، وَأَعُوذُ بِكَ مِنْ فِتْنَةِ المَحْيَا وَفِتْنَةِ المَمَاتِ، اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ مِنَ المَأْثَمِ وَالمَغْرَمِ**، فقال له قائلٌ: ما أكثر ما تستعيذ من المغرم؟ فقال: **إِنَّ الرَّجُلَ إِذَا غَرِمَ حَدَّثَ فَكَذَبَ، وَوَعَدَ فَأَخْلَفَ**»[٢].

ولقد فسَّر ابن حجر العسقلاني[٣] لفظ المغرم الوارد في الحديث فقال: والمغرم؛ أي: الدَّين، يقال غرم أي ادَّانَ، قيل: والمراد به ما يُسْتَدان فيما لا يجوز وفيما يجوز ثم يعجز عن أدائه[٤].

---

(١) هو عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد الأسدي، أبو عبد الله المدني، ولد في أوائل خلافة عثمان رضي الله عنه، ثقة فقيه مشهور، قال ابن حبان في الثقات: كان من أفاضل أهل المدينة وعقلائهم. توفي سنة ٩٤هـ. (ابن حجر، تقريب التهذيب ص: ٣٢٩).

(٢) البخاري، الجامع الصحيح، كتاب صفة الصلاة، باب الدعاء قبل السلام (١/ ٢٨٦).

(٣) هو أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، أبو الفضل، الإمام الحافظ، ولد بالقاهرة عام ٧٧٣هـ، قال فيه السخاوي: انتشرت مصنفاته في حياته وتهادتها الملوك وكتبها الأكابر، توفي بالقاهرة سنة ٨٥٢هـ. من آثاره: الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، وفتح الباري في شرح صحيح البخاري، (ينظر: السيوطي، طبقات الحفاظ ص: ٥٥٢ ـ ٥٥٣؛ والزركلي، الأعلام: ١/ ١٧٨).

(٤) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ت٨٥٢هـ، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب (لا. ط؛ بيروت: دار المعرفة، ١٣٧٩هـ) ٢/ ٢٥٤.

• حديث ثوبان[1] رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «**مَنْ فَارَقَ الرُّوحُ الجَسَدَ، وَهُوَ بَرِيءٌ مِنْ ثَلَاثٍ دَخَلَ الجَنَّةَ الكِبْرِ وَالدَّيْنِ وَالغُلُولِ**»[2].

• حديث محمد بن عبد الله بن جحش[3] رضي الله عنه قال: «كُنَّا جُلُوساً بفنَاءِ المسْجدِ حَيْثُ تُوضَعُ الجَنَائِزُ، وَرَسُولُ الله ﷺ رأسُهُ في السَّماء فنظر ثم طأطأ بصره ووضع يده على جبهته ثم قال: «**سُبْحَانَ اللهِ سُبْحَانَ اللهِ مَاذَا نَزَلَ مِنَ التَّشْدِيدِ؟**» قال: فسكتنا يومنا وليلتنا، فلم نرها خيراً حتى أصبحنا قال: محمد فسألت رسول الله ﷺ ما التشديد الذي نزل؟ قال: «**فِي الدَّيْنِ وَالَّذِي نَفْسُ مُحَمَّدٍ بِيَدِهِ لَوْ أَنَّ رَجُلاً قُتِلَ فِي سَبِيلِ اللهِ، ثُمَّ عَاشَ ثم قُتِلَ فِي سَبِيلِ اللهِ ثُمَّ عَاشَ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، مَا دَخَلَ الجَنَّةَ حَتَّى يَقْضِيَ دَيْنَهُ**»[4].

• حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**نَفْسُ المُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ مَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ**»[5].

---

(١) هو ثوبان الهاشمي، مولى النبي ﷺ، صحبه ولازمه، ونزل بعده الشام، ومات بحمص سنة ٥٤هـ. (ابن حجر، تقريب التهذيب ص: ٧٤).

(٢) أخرجه: أحمد، المسند (٥/ ٢٧٦، ٢٧٧، ٢٨١، ٢٨٢)؛ والترمذي، سنن الترمذي، كتاب السير، باب ما جاء في الغلول (٤/ ١٣٨)؛ وابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الصدقات، باب التشديد في الدين (٢/ ٨٠٦)؛ والبيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب ما جاء في التشديد في الدين (٥/ ٣٥٥)؛ والدارمي، سنن الدارمي، كتاب البيوع، باب ما جاء في التشديد في الدين (٢/ ٣٤١).

(٣) هو محمد بن عبد الله بن جحش الأسدي، صحابي صغير، وأبوه من كبار الصحابة، وعمته زينب أم المؤمنين (ابن حجر، تقريب التهذيب ص: ٤٢٢).

(٤) أحمد، المسند (٥/ ٣٨٩)؛ والحاكم، المستدرك (٢/ ٢٩) وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وقال الذهبي: صحيح.

(٥) أحمد، المسند (٢/ ٤٤٠، ٤٧٥)؛ الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الجنائز، باب ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: نفس المؤمن... (٣/ ٣٨٩)؛ وابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الصدقات، باب التشديد في الدين (٢/ ٨٠٦)؛ والدارمي، سنن الدارمي، كتاب البيوع، باب ما جاء في التشديد في الدين =

• حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ لأبي طلحة[1]: «**الْتَمِسْ لَنَا غُلَاماً مِنْ غِلْمَانِكَ يَخْدُمُنِي**»، فخرج بي أبو طلحة يردفني وراءه، فكنت أخدم الرسول ﷺ كلما نزل، فكنت أسمعه يكثر أن يقول: «**اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ مِنَ الْهَمِّ وَالْحَزَنِ وَالْعَجْزِ وَالْكَسَلِ وَالْبُخْلِ وَالْجُبْنِ وَضَلَعِ الدَّيْنِ وَغَلَبَةِ الرِّجَالِ**»[2].

وقوله ﷺ: «**وَضَلَعِ الدَّيْنِ**» أصل الضَلَعِ الاعوجاج، يقال: ضَلَعَ يضلع؛ أي: مال، والمراد به هنا ثقل الدين وشدته، وذلك حيث لا يجد من عليه الدَّين وفاءً ولا سيما مع المطالبة. وروي عن بعض السلف قولهم: «ما دخل همّ الدَّين قلباً إلّا أذهب من العقل ما لا يعود عليه»[3].

٥ ـ الشهيد يغفر له كل ذنوبه إلا الدّين

ولئن بلغ المرء منزلة الشهداء، ووصل إلى أعلى مراتب التضحية فقدّم روحه في سبيل الله عز وجل ونُصرة لدينه؛ فإن ذلك كله لا يشفع له مقابل ترتُّب حقوق لغيره عليه. وقد ورد في عدة أحاديث نبوية بيان لهذا المعنى من ذلك:

= (٢/ ٣٤٠)؛ والحاكم، المستدرك (٢/ ٣٢) وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه؛ والبيهقي، السنن الكبرى (٤/ ٦١)، (٦/ ٤٩، ٧٤، ٧٦)، (٩/ ٢٥)؛ ابن حبان، صحيح ابن حبان (٧/ ٣٣١).

(١) هو زيد بن سهل بن الأسود بن حرام الأنصاري النجاري، أبو طلحة، مشهور بكنيته، من كبار الصحابة، شهد بدراً وما بعدها، مات سنة ٣٤هـ (ابن حجر، تقريب التهذيب ص: ١٦٣).

(٢) البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الدعوات، باب التعوذ من غلبة الرجال (٥/ ٢٣٤٠).

(٣) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري (١١/ ١٧٧ ـ ١٧٨).

● حديث أبي قتادة[1] رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قام فيهم فذكر لهم: «**إِنَّ الجِهَادَ فِي سَبِيلِ اللهِ وَالإيمانَ بِاللهِ أَفْضَلُ الأَعْمَالِ**»، فقام رجل فقال: يا رسول الله أرأيتَ إن قُتلتُ في سبيل الله تُكفَّر خطاياي؟ فقال رسول الله ﷺ: «**نَعَمْ إِنْ قُتِلْتَ فِي سَبِيلِ اللهِ، وَأَنْتَ صَابِرٌ مُحْتَسِبٌ، مُقْبِلٌ غَيْرُ مُدْبِرٍ**». ثم قال رسول الله ﷺ: «**كَيْفَ قُلْتَ؟**» قال: أرأيتَ إن قُتلتُ في سبيل الله تُكفَّر خطاياي؟ فقال رسول الله ﷺ: «**نَعَمْ وَأَنْتَ صَابِرٌ مُحْتَسِبٌ، مُقْبِلٌ غَيْرُ مُدْبِرٍ، إِلَّا الدَّيْنَ فَإِنَّ جِبْرِيلَ عليه السلام قَالَ لِي ذَلِكَ**»[2].

● حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**يُغْفَرُ لِلشَّهِيدِ كُلُّ ذَنْبٍ إِلَّا الدَّيْنَ**»[3]. وفي رواية أخرى عنده: «**القَتْلُ فِي سَبِيلِ اللهِ يُكَفِّرُ كُلَّ شَيْءٍ إِلَّا الدَّيْنَ**»[4].

وعليه فإن استثناء الدَّين من عموم مغفرة الله تعالى للشهيد فيه تنبيه على جميع حقوق الآدميين، وأن الجهاد والشهادة ـ على عظم شأنهما ـ وغير ذلك من أعمال البر لا يمكن أن تكفِّر حقوق الآدميين، وإن كانت مكفِّرة لحقوق الله تعالى[5].

---

(١) هو الحارث، ويقال: عمرو أو النعمان بن رِبْعي بن بُلْدُمة السَّلَمي، المدني، أبو قتادة الأنصاري، شهد أُحداً وما بعدها، ولم يصح شهوده بدراً، ومات سنة ٥٤هـ (ابن حجر، تقريب التهذيب ص:٥٧٨).

(٢) أخرجه: مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الإمارة، باب من قتل في سبيل الله كفرت خطاياه إلا الدين (٣/ ١٥٠١).

(٣) أخرجه: مسلم، المرجع نفسه، كتاب الإمارة، باب من قتل في سبيل الله كفرت خطاياه إلا الدين (٣/ ١٥٠٢).

(٤) أخرجه: مسلم، المرجع نفسه، كتاب الإمارة، باب من قتل في سبيل الله كفرت خطاياه إلا الدين (٣/ ١٥٠٢).

(٥) النووي، شرح صحيح مسلم (١٣/ ٣٢).

٦ ـ عقوبة من لم يردّ الدين في الدنيا والآخرة

وقد يحاول كثير من الناس التملص من قضاء ديونهم والتعلل بمختلف الأعذار ولو وصل الأمر إلى ساحة القضاء، كما أن آخرين قد تغويهم الدنيا فينكرون ما ترتّب في ذممهم من ديون، ويقابلون المعروف بالإساءة، لكن الأمر لا يتوقف عند هذا الحدّ فإن عقوبة الآخرة أنكى وأشد، وهذا ما أوضحه النبي ﷺ في عدّة أحاديث منها:

• حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ: «**مَنْ أَخَذَ أَمْوَالَ النَّاسِ يُرِيدُ أَدَاءَهَا أَدَّى اللهُ عَنْهُ، وَمَنْ أَخَذَهَا يُرِيدُ إِتْلافَهَا أَتْلَفَهُ اللهُ**»[(١)].

قال ابن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ): «إذا نوى الوفاء مما سيفتحه الله عليه فقد نطق الحديث بأن الله يؤدي عنه، إما بأن يفتح عليه في الدنيا، وإما بأن يتكفل عنه في الآخرة». ونقل عن ابن بطال[(٢)] قوله: «فيه الحضّ على ترك استئكال أموال الناس والترغيب في حسن التأدية إليهم عند المداينة، وأنّ الجزاء قد يكون من جنس العمل»[(٣)].

• حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**أَتَدْرُونَ مَنِ الْمُفْلِسُ؟**» قالوا: المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع. فقال: «**الْمُفْلِسُ مِنْ أُمَّتِي مَنْ يَأْتِي يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِصَلَاةٍ وَصِيَامٍ وَزَكَاةٍ، وَيَأْتِي وَقَدْ شَتَمَ هَذَا وَقَذَفَ هَذَا وَأَكَلَ مَالَ هَذَا وَسَفَكَ دَمَ هَذَا وَضَرَبَ هَذَا؛ فَيُعْطَى هَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ، وهَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ، فَإِنْ فَنِيَتْ حَسَنَاتُهُ قَبْلَ أَنْ يَقْضِيَ مَا عَلَيْهِ أُخِذَ**

---

(١) أخرجه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب من أخذ أموال الناس يريد أداءها أو إتلافها (٢/ ٨٤١).

(٢) هو علي بن خلف بن عبد الملك القرطبي، أبو الحسن المعروف بابن بطال، من الأئمة الأعلام، له شرح على صحيح البخاري، توفي سنة ٤٤٩هـ. (كحالة، معجم المؤلفين ٢/ ٤٣٨).

(٣) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري (٥/ ٦٦).

مِنْ خَطَايَاهُمْ فَطُرِحَتْ عَلَيْهِ ثُمَّ طُرِحَ فِي النَّارِ»[1].

٧ ـ الترغيب في حسن قضاء الدين

ولكي يستمر عطاء المعروف من خلال حسن استغلال باب التداين بين الناس والاستفادة منه في تسهيل شتى معاملاتهم في مختلف الظروف؛ فقد رغب النبي ﷺ المؤمنين في المبادرة والتعجيل بحسن قضاء الدّين. من ذلك:

• حديث عائشة رضي الله عنها عن الرسول ﷺ أنه قال: «**مَنْ حَمَلَ مِنْ أُمَّتِي دَيْناً ثُمَّ جَهَدَ فِي قَضَائِهِ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَقْضِيَهُ فَأَنَا وَلِيُّهُ**»[2].

• حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: كان لرجُل على النبي ﷺ سِنٌّ من الإبل فجاءه يتقاضاه فقال النبي ﷺ: «**أَعْطُوهُ**». فطلبوا سِنَّهُ فلم يَجِدُوا إلَّا سِنّاً فوقها، فقال: «**أَعْطُوهُ**». فقال: أَوْفَيْتَنِي أَوْفَى الله بك. قال النبي ﷺ: «**إِنَّ خِيَارَكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً**»[3].

ويستفاد من الحديث أنه يستحب لمن كان عليه دين أن يبادر إلى الوفاء وأن يكون أجود من الذي عليه دون اشتراط مسبق، وهذا من السُّنَّة

---

(١) أخرجه: مسلم، الجامع الصحيح، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم (٤/ ١٩٩٧).

(٢) أخرجه: أحمد، المسند (٦/ ١٥٤)؛ والبيهقي، السنن الكبرى، كتاب قسم الصدقات، باب سهم الغارمين (٧/ ٢٢)؛ وأبو يعلى، مسند أبي يعلى (٨/ ٢٥٢)؛ وسليمان بن أحمد الطبراني ت٣٦٠هـ، المعجم الأوسط، تحقيق: طارق بن عوض الله، وعبد المحسن الحسيني (لا.ط؛ القاهرة: دار الحرمين، ١٤١٥هـ) ٩/ ١٣٤. قال الهيثمي: «رواه أحمد وأبو يعلى والطبراني في الأوسط ورجال أحمد رجال الصحيح» (الهيثمي، مجمع الزوائد ٤/ ١٣٢).

(٣) متفق عليه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الاستقراض، باب حسن القضاء (٢/ ٨٤٣)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب المساقاة، باب من استلف شيئاً فقضى خيراً منه... (٣/ ١٢٢٤).

ومكارم الأخلاق، وليس من القرض الذي يجرّ منفعة المنهي عنه[١].

٨ ـ تعليم المؤمنين دعاء قضاء الدين

وفي هذا ما ورد من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: كان رسول الله ﷺ يأمرنا إذا أخذنا مضجعنا أن نقول: «**اللَّهُمَّ رَبَّ السَّمَاوَاتِ وربَّ الأَرْضِ وَرَبَّ العَرْشِ العَظِيم رَبَّنَا وَرَبَّ كُلِّ شَيْءٍ، فَالِقِ الحَبِّ وَالنَّوَى وَمُنْزِلَ التَّوْرَاةِ وَالإِنْجِيلِ وَالفُرْقَانِ أَعُوذُ بِكَ مِنْ شَرِّ كُلِّ شَيْءٍ أَنْتَ آخِذٌ بِنَاصِيَتِهِ اللَّهُمَّ أَنْتَ الأَوَّلُ فَلَيْسَ قَبْلَكَ شَيْءٌ وأَنْتَ الآخِرُ فَلَيْس بَعْدَكَ شَيْءٌ وَأَنْتَ الظَّاهِرُ فَلَيْسَ فَوْقَكَ شَيْءٌ وَأَنْتَ البَاطِنُ فَلَيْسَ دُونَكَ شَيْءٌ، أَقْضِ عَنَّا الدَّيْنَ، وَأَغْنِنَا مِنَ الفَقْرِ**»[٢].



(١) النووي، شرح صحيح مسلم (١١/ ٣٠٩).

(٢) أخرجه: مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب ما يقول ثم النوم (٤/ ٢٠٨٤).

رابعاً

أسباب تعثر الديون

كثيراً ما تتعثر الديون ولا يتمكن الدائنون من تحصيل ديونهم، وتتعدد أسباب هذا التعثر بحيث تؤثر في عملية تأخر استيفاء الديون أو استحالة ذلك عدة عوامل؛ منها ما يعود إلى حالة المدين ووضعيته المالية، ومنها ما يرجع إلى أخلاقه وتربيته السلوكية، كما أن الظروف الاجتماعية والاقتصادية العامة في البلد قد يكون لها نصيب في تعثر الديون.

ولعل أهم الأسباب المؤدية إلى تعثر الديون ما يلي:

أ ـ الإعسار المادي

وسوف نوضِّح الإعسار المادي كسبب من أسباب تعثر الديون من خلال بيان مفهوم الإعسار المادي في اللغة وفي الاصطلاح الفقهي والاقتصادي والقانوني، مع الموازنة بين النظرين الفقهي والقانوني في مسألة الإعسار، **ونعرِّج على أهم العوامل المؤدية للإعسار المادي:**

١ ـ مفهوم الإعسار المادي:

أ ـ مفهوم الإعسار في اللّغة:

الإعسار: مصدر أعسر، وهو ضدّ اليسار، والعسر: اسم مصدرٍ وهو الضِّيق والشِّدَّة والصُّعوبة، قال تعالى: ﴿سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ [الطلاق: ٧]، وقال أيضاً: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ...﴾

[البقرة: ٢٨٠]، والعسرة: قلَّة ذات اليد، وكذلك الإعسار[(١)].

ب ـ مفهوم الإعسار في الفقه الإسلامي:

يطلق الإعسار في الاصطلاح الفقهي على: «عدم قدرة المرء على أداء ما عليه من مالٍ»[(٢)]. وبعبارة أخرى: هو عبارة عن وصف حالة الإنسان الذي يعجز عن أداء ما عليه من مال[(٣)].

وذكر ابن رشد الجدّ[(٤)] أن المدين المعسر إما أن يكون معدماً، وإما أن لا يكون كذلك؛ فليس كل معسر معدم، وإن كان كل معدم معسراً. وقال:

ـ فإن كان المدين معدماً: أي نفذ كل ماله، فلم يبق عنده ما ينفقه على نفسه وعياله في الحوائج الأصلية فضلاً عن وفاء دينه، فهذا يجب على الدائن إنظاره لا محالة؛ لأنه في حالة عجز مطلق عن أداء ما عليه من دين، ولا سبيل إلى تكليفه شرعاً بما لا يطيق.

ـ وأما إذا لم يكن معدماً: أي إنه يملك بعض المال، ولكنه قليل لا يكاد يكفيه للإنفاق على نفسه وعياله بالمعروف وقضاء دينه إلّا بمشقة

---

(١) ابن منظور، لسان العرب (٤/٧٧٣ ـ ٧٧٤)، والفيومي، المصباح المنير (٢/٤٠٩) مادة: «ع س ر».

(٢) د. نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص:٦٢.

(٣) د. حسن محمد الرفاعي، العسرة المادية بين الشريعة والقانون (ط:١؛ بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م) ص:٢٥.

(٤) هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي المالكي، أبو الوليد، يعرف بابن رشد الجد تمييزاً له عن ابن رشد الحفيد، ولد عام ٤٥٥هـ، اعترف له بصحة النظر، وجودة التأليف، ودقة الفقه، ولي القضاء بقرطبة، وتوفي سنة ٥٢٠هـ. من آثاره: المقدمات الممهدات، البيان والتحصيل (ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب ٢/٢٢٩ ـ ٢٣٠؛ ومخلوف، شجرة النور الزكية ص:١٢٩).

وضيق وضرر، فتأخيره إلى أن يوسر ويمكنه القضاء من غير مضرَّة تلحقه أمرٌ مرغب فيه ومندوب إليه[١].

وبناءً عليه، فإنه يعتبر معسراً مادياً كلّ من يثبت عجزه عن سداد ما عليه من مال له مطالب من العباد، سواء أكان ديناً ناتجاً عن عقد بيع، أو عن اقتراض نقود، أو عن تقديم خدمة، أو عن بدل منفعة، أو عن مال أتلف، أو عن حقٍّ ماليٍّ؛ كحقِّ الزوجة في النفقة، أو أداء المهر إليها في حال تطليقها[٢].

جـ ـ مفهوم الإعسار في الاقتصاد:

إن المعنى الفقهي للإعسار يتوافق مع المعنى المالي الحالي الذي دلَّ على أنه يعني: «عدم القدرة على الوفاء بالديون عند استحقاقها، أو حالة التاجر عندما يكون مجموع أصوله أو موجوداته عند بيعها ـ إذا تمكن من ذلك ـ غير كاف لتسديد جميع ديونه والتزاماته»[٣].

د ـ مفهوم الإعسار في القانون الوضعي:

يطلق الإعسار عند فقهاء القانون الوضعي الجزائري على عدم كفاية أموال المدين المدني للوفاء بديونه المستحقة الأداء[٤].

وبهذا يفرق القانون الوضعي بين المدين التاجر والمدين غير التاجر؛ فالتاجر يخضع لنظام الإفلاس والتسوية القضائية والتي تعالجها

---

(١) ابن رشد، المقدمات ـ مرجع سابق ـ (٢/٣٠٦ ـ ٣٠٧).

(٢) د. حسن الرفاعي، العسرة المادية ص:٣٣.

(٣) د. أحمد زكي بدوي، ود. صديقة يوسف محمود، معجم المصطلحات التجارية والمالية والمصرفية (ط:١؛ القاهرة: دار الكتاب المصري، وبيروت: دار الكتاب اللبناني، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م) ص:١٦٣.

(٤) د. راشد راشد، الأوراق التجارية الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري (ط:٢؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ١٩٩٤م) ص:٢١٨.

نصوص القانون التجاري، أما المدين غير التاجر فإنه يخضع لنظام الإعسار المدرجة قواعده في القانون المدني.

والظاهر لنا أن الفرق بين المفلس والمعسر في النظر القانوني يتلخص في الآتي:

١ ـ المعسر هو من لا مال له. أما المفلس فلديه مال لكن الديون تستغرقه.

٢ ـ المعسر يُمهل في تسديد دونه إلى أن تتيسر أحواله المادية، بينما المفلس يُحجر عليه وتُباع أمواله ويُحبس حتى يستوفي الدائنون حقوقهم.

٣ ـ يكون الإعسار لغير التاجر، وينظم ذلك القانون المدني، أما الإفلاس فهو خاصّ بالتاجر وينظم ذلك القانون التجاري.

هـ ـ موازنة بين النظرين الفقهي والقانوني للإعسار المادي:

ولئن فرّق القانون بين الإعسار المادي والإفلاس فإن الفقه الإسلامي لم يفرق بينهما حيث يطبق نظام الإفلاس على المدين الذي عجز عن أداء دينه دونما تفريق بين المدين بدين تجاري وبين المدين بدين مدني، وذلك بهدف المحافظة على حقوق الدائنين والمساواة بينهم ومنع تصرفات المدين المضرة بهم[١].

٢ ـ العوامل المؤدية للإعسار:

أما العوامل المؤدية للإعسار، فإن المرء قد يتعرَّض للإعسار المادي بسبب عوامل عدة، منها ما يدخل في كسبه، ومنها ما يفرض عليه دون إرادة منه ولا اختيار.

---

(١) د. حسن الرفاعي، العسرة المادية ص٢٥؛ ونخبة من العلماء، الموسوعة الفقهية، إشراف ونشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت، ج٥ (ط:٢؛ الكويت: ذات السلاسل، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م) ص:٢٤٦.

ولعل أهم العوامل المؤدية للإعسار المادي ما يأتي:

أ ـ البعد عن الإيمان والتقوى:

قال الله تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ ٱلْقُرَىٰٓ ءَامَنُواْ وَٱتَّقَوْاْ لَفَتَحْنَا عَلَيْهِم بَرَكَٰتٍ مِّنَ ٱلسَّمَآءِ وَٱلْأَرْضِ وَلَٰكِن كَذَّبُواْ فَأَخَذْنَٰهُم بِمَا كَانُواْ يَكْسِبُونَ ﴿٩٦﴾﴾ [الأعراف: ٩٦].

فقد ذكرت الآية الكريمة أن الله تعالى يفتح بركات السماء والأرض وهي المطر والنبات والثمار، وكل هذا من باب التمثيل لا الحصر، وعليه فإنه ومن باب أولى حمل ما ورد في الآية على ما هو أعم من ذلك من أصناف الخيرات والأنعام والأرزاق والأمن والسلامة من الآفات وجميع ما فيها، وكل ذلك من فضل الله وإحسانه(١).

ب ـ فقدان حسن التوكل على الله تعالى:

قال الله تعالى: ﴿قَدْ جَعَلَ ٱللَّهُ لِكُلِّ شَىْءٍ قَدْرًا﴾ [الطلاق: ٣]، ولقد ضرب النبي ﷺ مثلاً في كيفية رزق الله للمتوكلين عليه في الحديث الذي رواه عمر بن الخطاب رضي الله عنه(٢) إذ قال: قال رسول الله ﷺ: **«لَوْ أَنَّكُمْ تَوَكَّلُونَ عَلَى اللهِ حَقَّ تَوَكُّلِهِ لَرُزِقْتُمْ كَمَا يُرْزَقُ الطَّيْرُ، تَغْدُو خِمَاصاً وَتَرُوحُ بِطَاناً»**(٣).

---

(١) صديق بن حسن بن علي القنوجي ت١٣٠٧هـ، فتح البيان في مقاصد القرآن (لا.ط، بيروت: المكتبة العصرية، ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م) ٤/٤١٦.

(٢) هو عمر بن الخطاب بن نفيل العدوي، أبو حفص الفاروق، ثاني الخلفاء الراشدين، وصهر رسول الله ﷺ، وأول من لقب بأمير المؤمنين. قتل غيلة سنة ٢٣هـ. (ابن الجوزي، صفة الصفوة ١/٢٦٨ وما بعدها).

(٣) أخرجه: الترمذي، الجامع الصحيح، كتاب الزهد، باب في التوكل على الله (٤/٥٧٣) قال أبو عيسى: «هذا حديث حسن صحيح لا نعرفه إلا من هذا الوجه»؛ وابن ماجه، السنن، كتاب الزهد، باب التوكل واليقين (٢/١٣٩٤)؛ وأحمد، المسند (١/٣٠، ٥٢)؛ وابن حبان، صحيح ابن حبان (٢/٥٠٩)؛ والحاكم، المستدرك (٤/٣٥٤) وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه».

جـ ـ الوقوع في الذّنوب والمعاصي وكفران النِّعم:

وقد بيَّن النبي ﷺ فيما يرويه ثوبان رضي الله عنه أن الذنب يؤدي إلى حرمان الإنسان من رزقه فقال: «**إِنَّ الرَّجُلَ لَيُحْرَمُ الرِّزْقَ بِالذَّنْبِ يُصِيبُهُ**»[1].

وإن لكفران النعم وعدم شكر منعمها ـ وهو الله سبحانه وتعالى ـ دوراً كبيراً في منع الرِّزق عن الإنسان، لكون الذنوب عظيمة الخطر لا يستهان بها، وضرب القرآن الكريم مثلاً على ذلك فقال سبحانه: ﴿وَضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا قَرْيَةً كَانَتْ ءَامِنَةً مُّطْمَئِنَّةً يَأْتِيهَا رِزْقُهَا رَغَدًا مِّن كُلِّ مَكَانٍ فَكَفَرَتْ بِأَنْعُمِ ٱللَّهِ فَأَذَٰقَهَا ٱللَّهُ لِبَاسَ ٱلْجُوعِ وَٱلْخَوْفِ بِمَا كَانُوا۟ يَصْنَعُونَ ﴿١١٢﴾﴾ [النحل: ١١٢].

د ـ الامتناع عن أداء فريضة الزَّكاة[2]:

فإذا امتنع المسلمون عن أداء حقوق الفقراء المفروضة فإنهم بذلك يهدمون إحدى أركان الإسلام التي عليها قوامه؛ ولذلك فإن النبي ﷺ توعَّد من يمنع الزكاة بالعقاب العاجل ابتداء فيبتلى في هذه الدنيا بضيق المعيشة والمجاعة والقحط، وذلك في الحديث الذي يرويه بريدة الأسلمي[3] رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «**مَا مَنَعَ قَوْمٌ الزَّكَاةَ إِلَّا ابْتَلَاهُمُ اللهُ بِالسِّنِين**»[4].

---

(١) أخرجه: أحمد، المسند (٥/ ٢٧٧)؛ وابن ماجه، السنن، كتاب الفتن، باب العقوبات (٢/ ١٣٣٤)؛ وابن حبان، صحيح ابن حبان (٣/ ١٥٣)؛ والحاكم، المستدرك (١/ ٦٧٠) وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه».

(٢) ينظر في عقوبة مانع الزكاة في الدنيا والآخرة: د. يوسف القرضاوي، فقه الزكاة (١/ ٨٩ وما بعدها).

(٣) هو بريدة بن الحصيب أبو سهل الأسلمي، صحابي جليل، أسلم قبل بدر، ومات سنة ٦٣هـ. (ابن حجر، تقريب التهذيب ص: ٦٠).

(٤) أخرجه: الطبراني، المعجم الأوسط (٥/ ٢٦)؛ و (٧/ ٤٠)، وقال الهيثمي: «رواه الطبراني في الأوسط ورجاله ثقات» (الهيثمي، مجمع الزوائد٣/ ٦٦)؛ وفي المعجم الكبير (١١/ ٤٥) من حديث ابن عباس بلفظ: «... **ولا منعوا الزكاة إلا حبس عنهم القطر**»؛ وأخرجه: البيهقي، السنن الكبرى (٣/ ٣٤٦) بلفظ: «**وما منع قوم الزكاة إلا منعهم الله القطر من السماء**».

والسِّنين: جمع سَنَةٍ، وهي: القحط والجدب[1].

هـ ـ التعامل بالرِّبا:

قال الله تعالى: ﴿يَمْحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰاْ وَيُرْبِي ٱلصَّدَقَٰتِ ۗ وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ ﴿٢٧٦﴾﴾ [البقرة: ٢٧٦]. قال ابن كثير[2]: «يخبر الله تعالى أنه يمحق الربا؛ أي: يذهبه، إما بأن يذهبه بالكلية من يد صاحبه، ويحرمه بركة ماله، فلا ينتفع به، بل يعدمه به في الدنيا ويعاقبه عليه يوم القيامة»[3].

و ـ الإسراف والتبذير:

ويطلق الإسراف على كلِّ إنفاق زائد عن مقدار الحاجة. أما التبذير فهو إنفاق المال فيما لا يحتاجه الإنسان، وكلاهما (الإسراف والتبذير) منهيٌّ عنه لكونهما يؤديان في أغلب الأحوال إلى الوقوع تحت أعباء العسرة المادية، وقد يذهبان بالمال إن كان المرء صاحب مال[4].

قال الله تعالى: ﴿يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ خُذُواْ زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَكُلُواْ وَٱشْرَبُواْ وَلَا تُسْرِفُوٓاْ ۚ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلْمُسْرِفِينَ ﴿٣١﴾﴾ [الأعراف: ٣١]. وقال أيضاً: ﴿وَءَاتِ ذَا ٱلْقُرْبَىٰ حَقَّهُۥ وَٱلْمِسْكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا ﴿٢٦﴾ إِنَّ ٱلْمُبَذِّرِينَ كَانُوٓاْ إِخْوَٰنَ ٱلشَّيَٰطِينِ ۖ وَكَانَ ٱلشَّيْطَٰنُ لِرَبِّهِۦ كَفُورًا ﴿٢٧﴾﴾ [الإسراء: ٢٦، ٢٧]، كما قال أيضاً: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ ٱلْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا ﴿٢٩﴾﴾ [الإسراء: ٢٩]. ومعنى الآية: «لا تسرف ولا تتلف مالك فتبقى محسوراً منقطعاً عن النفقة والتصرّف، كما يكون البعير الحسير،

---

(١) الفيومي، المصباح المنير (١/ ٢٩٢) مادة: «س ن ن».

(٢) هو إسماعيل بن عمر بن كثير، القرشي، الدمشقي، الشافعي، عماد الدين، أبو الفداء، الإمام الحافظ، المفسر المؤرخ، ولد عام ٧٠٠هـ، وتوفي سنة ٧٧٤هـ. من آثاره: تفسير القرآن العظيم، البداية والنهاية (ينظر: السيوطي، طبقات الحفاظ، ص: ٥٣٣).

(٣) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم (١/ ٢٨٨).

(٤) د. حسن محمد الرفاعي، العسرة المادية بين الشريعة والقانون ص: ٩٩.

وهو الذي ذهبت قوته فلا انبعاث به»[1].

ز ـ التوسع في الاقتراض:

فقد يسعى الإنسان إلى قضاء كثير من احتياجاته ـ إن كان عديم المال ـ عن طريق الاقتراض من الآخرين، لكنَّ الناس في هذا المجال متفاوتون؛ فمنهم من يقترض على قدر حاجته، ومنهم من يقترض زائداً عن الحاجة، ومنهم من يراعي مقدرته المادية بالنسبة لإعادة القرض، ومنهم من لا يأبه لذلك؛ فالذي يراعى مقدرته المادية، ويقترض على قدر الحاجة المعترضة، يكون ملتزماً للصواب؛ لأنه نظر في الحال والمآل، وأجرى بعد ذلك حساباته، وتوصَّل إلى نتيجة يغلب على الظن تحقيقها، فجاء قرضه أخيراً بناء على دراسة مسبقة[2].

ومن اقترض فوق مقدار الحاجة وتجاوز إمكانياته المادية؛ فإنه يعرِّض نفسه لأن يكون من المعسرين؛ لأنه أقدم على ما لا ينبغي، فكان في اقتراضه مسرفاً مجانباً للصواب ومحمِّلاً ذمته ما لا طاقة لها به، وكلُّ ذلك إنَّما يحصل بتجاوز قدر الحاجة في الاقتراض، وعدم مراعاة المقدرة المادية[3].

حـ ـ البطالة:

وهي «الحالة التي يكون فيها الشخص قادراً على العمل، وراغباً فيه، وباحثاً عنه، ولكنه لا يجده»[4]. فانعدام العمل يعني بالضرورة انعدام وجود موارد مالية، ولذلك فإن العامل قد يكون في منصب عمل،

---

(١) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (١٠/ ١٦٤).

(٢) د. حسن محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص:١٠٢.

(٣) المرجع نفسه.

(٤) د. أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات الاقتصادية (لا.ط؛ القاهرة: دار الكتاب المصري، وبيروت: دار الكتاب اللبناني، د.ت) ص:٢٩٥.

ويقترض قرضاً على أمل تسديده من أجرة عمله، وإذا به يتوقف عن العمل لأي سبب من الأسباب، فقد يرجع الأمر إلى قرار تعسفي من ربِّ العمل، أو تكون المؤسسة قد توقفت عن العمل، فيجد العامل نفسه مبتلى بالبطالة، ويسعى بعدها جاهداً للبحث عن عمل آخر، وقد يوفق في مسعاه وقد لا يجد فيبقى بطالاً، ومن ثم يصعب عليه أن يسدِّد ما كان قد اقترضه، الأمر الذي يؤدي لا محالة إلى وقوعه تحت طائلة العسرة المادية[1].

ط ـ التضخّم النقدي:

وهو عبارة عن «ارتفاع في المستوى العام للأسعار نتيجة للزيادة في الكمية المتداولة من النقود، دون أن يصحب ذلك زيادة مناظرة في الإنتاج»[2].

والجدير ذكره أن النقود التي تعتبر وسيلة ممكنة للادخار لا تُطلب لذاتها، وإنما «تطلب لأن قيمتها كقوة شرائية تتمثل فيما يمكن أن تشتريه من سلع وخدمات؛ ومعنى ذلك أن قيمة النقود تقوّم بوحدات من السلع والخدمات المختلفة؛ أي: تتحدّد بثمن هذه السلع والخدمات، فإذا ارتفع ثمن هذه السلع بنسبة معينة، قيل عن المستوى العام للأسعار ارتفع بنفس النسبة والعكس صحيح»[3].

وإن للتضخم النقدي أثراً سيئاً على الدخول الحقيقية الثابتة للأفراد من جهة انخفاض قوتها الشرائية؛ لأنه إذا حدث تغيُّر في الأثمان بالارتفاع، فإن ذلك يعني انخفاضاً في القوة الشرائية للنقود، وتصبح كمية معينة من الدَّخل النقدي تشتري كمية أقل من السلع والخدمات عن

---

(١) د. حسن محمد الرفاعي، المرجع السابق ص:١١٥.

(٢) د. أحمد زكي بدوي، ود. صديقة يوسف محمود، معجم المصطلحات التجارية والمالية والمصرفية ص:١٦٢.

(٣) د. حسن محمد الرفاعي، المرجع السابق ص:١٠٦ ـ ١٠٧.

ذي قبل، ويشير ذلك إلى انخفاض الدَّخل الحقيقي لذوي الدخول الثابتة والمحدودة على وجه الخصوص[1].

وحتى يستطيع أصحاب الدخول الثابتة تأمين احتياجاتهم من السلع والخدمات الضرورية، فإنهم يضطرون إلى الاستدانة؛ لأن رواتبهم لا تفي بتحقيق ذلك، الأمر الذي يؤدي إلى وقوعهم تحت أعباء العسرة المادية إذا بقي الوضع على حاله واستمر التضخم النقدي، لكونهم غير قادرين على سداد ما كانوا قد اقترضوه، ومن هنا يقع ظلم كبير على ذوي الدخول الثابتة في مثل هذه الظروف بسبب تآكل القيمة الشرائية للنقود[2].

ويضاف إلى ذلك أيضاً أن أصحاب رؤوس الأموال النقدية يتعرضون لفقد قيمتها بفعل التضخم وقد ينقلب أمرهم إلى حالة من الفقر بعد أن كانوا أغنياء[3]. وقد يلجأ الكثيرون إلى تحويل ما لديهم من أموال لإحدى العملات الأجنبية لكي يحافظوا على قيمتها الشرائية، أو يعمدون إلى استهلاك أموالهم باقتناء سلع مادية بقيمتها، كما يشجع التضخم على انتقال الأموال إلى الخارج[4].

ي ـ قرارات الإدارات الحكومية:

فقد تصدر الدولة قرارات توقع المواطنين أو فئة منهم في حالة من العسر المادي؛ كأن تفرض عليهم ضرائب مرتفعة لا يستطيعون تحملها، أو أن تتدخل بإجراءات مباشرة، أو غير مباشرة فترفع أسعار بعض السِّلع الضرورية، أو أن تتخذ قرارات لتسريح بعض العمال أو الموظفين من

(١) المرجع السابق ص:١٠٧؛ وينظر: محمد عمر شابرا، نحو نظام نقدي عادل (ط:٢؛ عمّان: دار البشير، ١٤١٠هـ ـ ١٩٩٠م) ص:٢٢.
(٢) ينظر: محمد عمر شابرا، نحو نظام نقدي عادل ص:٥٢.
(٣) د. حسن محمد الرفاعي، العسرة المادية ص:١٠٨.
(٤) المرجع نفسه ص:١٠٨ـ ١٠٩.

إحدى إداراتها الرسمية، أو أن تفتح المجال واسعاً للعمالة الأجنبية بالدخول إلى البلد دون أن يتم تقدير الحاجة لهذه العمالة[1].

وهناك جانب آخر من القرارات على المستوى الدولي؛ كأن تصدر إدارة حكومية قراراً يمسّ مصالح دولة أخرى بهدف محاربة اقتصادها بأن توقف التصدير إليها والاستيراد منها مثلاً. أو يهدف القرار الحكومي إلى زعزعة النظام الحاكم بدولة أخرى، وذلك عن طريق فرض حظر دولي عام عن التبادل السلعي بين دول العالم كافة وبين الدولة المستهدفة للوصول إلى تحقيق الهدف المراد من خلال استغلال الجانب الاقتصادي، ذلك أن للأنشطة الاقتصادية دورها الرئيسي في إنجاح القطاعات الأخرى إن كانت الحالة الاقتصادية تعيش مرحلة نموّ؛ ولذا فإن الخصوم كثيراً ما يسعون إلى تحقيق أهدافهم عبر ما يسمى بالحظر الدولي أو الحصار الاقتصادي؛ كل ذلك يعرّض مواطني البلد المستهدف لحالات من العسر المادي الذي يعطل الوفاء بالديون المستحقَّة[2].

ب ـ المماطلة

كثيراً ما يعاني الدائن في تحصيل ديونه من عقبات ترجع إلى طبيعة أخلاق المدين وعدم استشعاره ضرورة التعجيل بإيفاء الناس حقوقهم، والبعد عن المماطلة والتسبب في حرمانهم من الاستفادة من أموالهم. وفيما يلي توضيح لمفهوم المماطلة وبيان لحكمها في التشريع الإسلامي.

١ ـ مفهوم المماطلة:

المَطْل في اللغة: المدافعة عن أداء الحقّ، قال الجوهري[3]: وهو

---

(١) المرجع السابق ص:١١٩.

(٢) المرجع نفسه ص:١١٩ ـ ١٢٠.

(٣) هو إسماعيل بن حماد الجوهري، الفارابي، أبو نصر، أصله من بلاد الترك من فاراب، من أئمة اللغة، رحل إلى العراق والحجاز وأخذ عن أبي علي الفارسي =

مشتق من مَطَلْتُ الحَدِيدَةَ: إذا ضربتُها ومدَّدتها لتِطُولَ، ومنه يقال: مَطَلَهُ بِدَيْنِهِ مطلاً، ومَاطَلَهُ مُمَاطَلَةً: إذا سوَّفه بوعد الوفاء مرَّةً بعد أخرى[1].

وفي الاصطلاح الفقهي: المطل هو تأخير الدَّفع عند استحقاق الحقّ والقدرة عليه[2]. وحكى النّووي (ت٦٧٦هـ) أنّ المطل شرعاً: منع قضاء ما استحقَّ أداؤه[3]، قال ابن حجرٍ (ت٨٥٢هـ)[4]: ويدخل في المطل كل من لزمه حق؛ كالزّوج لزوجته، والحاكم لرعيّته، وبالعكس.

ولا تعتبر المدافعة والتسويف في قضاء الدين عند الفقهاء مطلاً إذا كان ذلك الدَّين مؤجلاً في الذمة لم يحلّ أوانه؛ لأن صاحب الدَّين لما رضي بتأجيله، فقد أسقط حقَّه في التعجيل، ولم يعد له قِبَلَ المدين حقٌّ في استيفائه قبل حلول الأجل. ومن ثم لا يعتبر الممتنع عن الوفاء في هذه الحالة مماطلاً، بل متمسكاً بحقٍّ شرعيٍّ[5].

٢ ـ حكم المماطلة:

يختلف حكم المطل باختلاف حال المدين من يسرٍ أو عسرٍ؛ ومن ثم فإن مطل المدين بالدَّين الحالّ في الشريعة نوعان: مطل بحقّ، ومطل بباطل.

= وأبي سعيد السيرافي وغيرهما. توفي سنة ٣٩٣هـ. من آثاره: تاج اللغة وصحاح العربية، والمقدمة في النحو (الزركلي، الأعلام ١/ ٣٠٩ ـ ٣١٠؛ وكحالة، معجم المؤلفين ١/ ٣٦٢).

(١) يحيى بن شرف النووي ت٦٧٦هـ، تحرير ألفاظ التنبيه، تحقيق: عبد الغني الدقر (ط: ١؛ دمشق: دار القلم، ١٤٠٨هـ) ص: ١٠١؛ والفيومي، المصباح المنير (٢/ ٥٧٤ ـ ٥٧٥)؛ والفيروزآبادي، القاموس المحيط ص: ٩٥٣، كلهم في مادة: «م ط ل».

(٢) التسولي، البهجة في شرح التحفة (١/ ٣٦).

(٣) النووي، شرح صحيح مسلم ـ (١٠/ ٢٢٧).

(٤) ابن حجر، فتح الباري (٤/ ٤٦٥).

(٥) د. نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص: ٢٥٤.

ـ **أما المطل بالحق**: فهو المطل إن كان المدين معسراً لا يجد وفاءً لدينه أو كان غنياً ومنعه عذر ـ كغيبة ماله ـ عن الوفاء لم يكن مطله حراماً، ومن ثم فإنه يمهل إلى أن يتيسر حاله، ويترك يطلب الرزق لنفسه وعياله ودائنيه(١).

وقد رغّب النبي ﷺ في ذلك، ففي حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**مَنْ أَنْظَرَ مُعْسِراً أَوْ وَضَعَ لَهُ، أَظَلَّهُ اللهُ يَوْمَ القِيَامَةِ تَحْتَ ظِلِّ عَرْشِهِ يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ**»(٢).

وكذا حديث عبد الله بن أبي قتادة(٣): أن أبا قتادة رضي الله عنه طلب غريماً له فتوارى عنه ثم وجده فقال: غنيّ معسرٌ. فقال: آلله، قال: الله، قال: فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**مَنْ سَرَّهُ أَنْ يُنَجِّيهِ اللهُ مِنْ كُرَبِ يَوْمِ القِيَامَةِ، فَلْيُنَفِّسْ عَنْ مُعْسِرٍ، أَوْ يَضَعْ عَنْهُ**»(٤).

قال النووي (ت٦٧٦هـ) مفسراً: «**فلينفِّس عن مُعْسِر**»: ومعنى

---

(١) ينظر: ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات (٢/ ٣٠٧)؛ وابن حجر، فتح الباري (٤/ ٤٦٥).

(٢) أخرجه: الترمذي، الجامع الصحيح، كتاب البر والصلة، باب ما جاء في السترة على المسلم (٣/ ٣٢٦)؛ وروي بألفاظ متقاربة من حديث أبي اليسر عند: مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الزهد، باب حديث جابر الطويل وقصة أبي اليسر (٤/ ٢٣٠٢) بلفظ: «**من أنظر معسراً أو وضع عنه أظله الله في ظله**» ومثله عند: ابن حبان، صحيح ابن حبان (١١/ ٤٢٤)؛ والحاكم، المستدرك (٢/ ٣٣)؛ والبيهقي، السنن الكبرى (٥/ ٣٥٧)؛ وأخرجه: ابن ماجه، السنن، كتاب الصدقات، باب إنظار المعسر (٢/ ٨٠٨) بلفظ: «**من أحب أن يظله الله في ظله فلينظر معسرا أو ليضع له**».

(٣) عبد الله بن أبي قتادة الأنصاري، المدني: ثقة من الطبقة الثالثة، مات سنة ٩٥هـ (ابن حجر، تقريب التهذيب ص: ٢٦٠).

(٤) أخرجه: مسلم، الجامع الصحيح، كتاب المساقاة والمزارعة، باب فضل إنظار المعسر بالتجاوز في الاقتضاء (٣/ ١١٩٦).

يُنَفِّس؛ أي: يَمُدُّ ويُؤخِّرُ المطالبة، وقيل معناه: يُفَرِّج عنه[1].

ـ **وأما المطل بالباطل**: فهو المطل إن كان المدين موسراً قادراً على قضاء الدَّين بعد المطالبة به وليس له عذر، ومن ثم كان مطله حراماً موجباً للعقوبة التي تحمله على الوفاء[2]؛ وذلك لما ورد من حديث أبي هريرة ﷺ أنّ رسول الله ﷺ قال: «**مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ فَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ**»[3].

جـ ـ الموت

ومن الأسباب التي تؤدي إلى تعثر الديون مصيبة الموت، فتارة يكون الميت هو المدين، وقد يكون دينه مستحقاً في الحال وقد يكون مؤجلاً؛ ومن ثم تنتقل المطالبة إلى الورثة، ونظراً لكون التعامل بالدَّين يعتمد في الأساس على ثقة الدائن في المدين المتوفى؛ فإنه من غير المؤكّد ضمان توافر هذه الثقة في الورثة ومدى استجابتهم لسداد الديون الثابتة على مورِّثهم، وقد يقع الدائن في تعامله معهم تحت طائلة المماطلة أو الجحود. أما إن كان الدائن هو المتوفى فتنتقل المطالبة من ورثته إلى المدينين، وقد يحصل الأمر نفسه كما في الحالة السابقة؛ ومن ثم فإن موت أحد المتعاملين بالدّين قد يكون له تأثيره السلبي في تحصيل الدّيون المستحقة.

وعلى هذا سوف نبين مفهوم الموت في اللغة وفي الاصطلاح الطبي

---

(١) النووي، شرح صحيح مسلم (١٠/ ٧٢٢).

(٢) ينظر: ابن رشد الجد، المرجع السابق (٢/ ٣٠٧)؛ وابن حجر، فتح الباري (٤/ ٤٦٥ ـ ٤٦٦).

(٣) البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الحوالات، باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة (٢/ ٧٩٩)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب المساقاة والمزارعة، باب تحريم مطل الغني (٣/ ١١٩٧).

ثم الفقهي، كما نبين بإيجاز حكم ما ثبت في ذمة الميت من أموال.

١ ـ مفهوم الموت:

أ ـ المعنى اللغوي للموت: يطلق العرب كلمة الموت على ما يضاد الحياة؛ فالميت هو من زالت حياته[١]. قال الله تعالى: ﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُم مَّيِّتُونَ ۝٣٠﴾ [الزمر: ٣٠].

ب ـ المعنى الطبي للموت: يعبر الأطباء بالموت عن التوقّف الدائم لكل وظائف الجسد الحيوية بما فيها نشاط الدِّماغ، وللموت عندهم علامات خاصة به، منها: توقف التنفس بسكون حركة الصدر والبطن، وتوقف نبض القلب وسكون الدورة الدموية[٢].

جـ ـ المعنى الفقهي للموت: حقيقة الموت عند الفقهاء لا تختلف عن المعنى اللغوي وهو مفارقة الروح للبدن. يقول القرطبي[٣] عن الموت: «هو انقطاع تعلّق الرّوح بالبدن ومفارقته وحيلولة بينهما، وتبدل حال وانتقال من دار إلى دار»[٤]. وذكر المالكية أن علامات وفاة شخص: «إذا انقطع نفسه، وانحدر بصره، وانفرجت شفتاه ولم تنطبقا، وسقطت قدماه ولم تنتصبا»[٥].

---

(١) الفيروزآبادي، القاموس المحيط ص:١٤٨؛ والفيومي، المصباح المنير (٢/ ٥٨٣ ـ ٥٨٤)، مادة: «م و ت».

(٢) أحمد القاسمي الحسني، علامات الحياة والممات بين الفقه والطب (لا. ط؛ الجزائر: دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ٢٠٠١م) ص:٤٨ وما بعدها.

(٣) هو محمد بن أحمد بن أبي فرح الأنصاري، الخزرجي، المالكي، أبو عبد الله القرطبي، إمام، مفسر، فقيه، توفي سنة ٦٧١هـ. من آثاره: الجامع لأحكام القرآن. (ينظر: عبد الرحمٰن السيوطي ت٩١١هـ، طبقات المفسرين. ط:١؛ بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م، ص:٧٩).

(٤) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (١٨/ ٢٠٢).

(٥) الحطاب، مواهب الجليل (٢/ ٢٢١)؛ وعلي بن أحمد العدوي الصعيدي =

٢ ـ حكم ما ثبت في ذمة الميت من أموال:

إذا مات الإنسان فقد انقطع عن ماله، ويضع الورثة أيديهم على ما تركه، وواجب عليهم قبل قسمة المال أن يسدِّدوا الديون التي كانت على مورِّثهم مما ترك من أموال إذا كانت الديون حالة، أما إذا كانت الديون مؤجلة فتحلّ بالموت عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية وأحمد (ت٢٤١هـ) في رواية؛ وذلك لأنه لا يجوز أن تبقى الديون في ذمة الميت لخرابها، ولا يجوز أن تكون في ذمة الورثة؛ لأنهم لم يلتزموا بها(١).

وقد خالف في ذلك أحمد (ت٢٤١هـ) في رواية، وأبو عبيد(٢)، وإسحاق(٣)، وابن سيرين(٤)، حيث قالوا: الدين المؤجّل لا يحلّ

= ت١١٨٩هـ، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (ط:١؛ بيروت: المكتبة العصرية، ١٤٢٥هـ ـ ٢٠٠٥م) ١/ ٣٥٨.

(١) يراجع: ابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ١٥٨)؛ ويوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري ت٤٦٣هـ، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي (لا.ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت) ١/ ٨٢٥؛ وابن جزي، القوانين الفقهية ص:٣٤٦؛ والونشريسي، المعيار المعرب (٦/ ٢٣١)؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٤٨٢)؛ والمرداوي، الإنصاف (٥/ ٣٠٧).

(٢) هو أبو عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله، الإمام، الحافظ، المجتهد، ذو الفنون، ولد عام ١٥٧هـ، وسمع من: هشيم، وابن عيينة، وابن المبارك، وغيرهم، وقرأ القرآن على الكسائي. توفي بمكة سنة ٢٢٤هـ. من آثاره: الأموال، والغريب، وفضائل القرآن. (ابن العماد، شذرات الذهب ٢/ ٥٤ ـ ٥٥).

(٣) هو إسحاق بن إبراهيم بن مخلد بن إبراهيم، أبو يعقوب، الحنظلي، المروزي، المعروف بابن راهويه، اجتمع له الحديث والفقه، سمع من كثير منهم: جرير الرازي، وابن علية، وابن عيينة، وولد عام ١٦١هـ، وقيل غير ذلك، وتوفي سنة ٢٣٨هـ. (الذهبي، تذكرة الحفاظ ٢/ ٤٣٣؛ وابن حجر، تهذيب التهذيب ١/ ٢١٦).

(٤) هو محمد بن سيرين البصري، الأنصاري مولاهم، أبو بكر، فقيه، محدث، =

بموت المدين إذا كان للميت ورثة، ووثقوا الدين برهن أو حميل أو غير ذلك؛ لأن الموت ما جعل مبطلاً للحقوق، وإنّما هو ميقات للخلافة وعلامة على الوراثة[1] بدليل قوله ﷺ: «**مَنْ تَرَكَ مَالاً فَلِوَرَثَتِهِ**»[2].

ورجَّح البعض[3] ما ذهب إليه أحمد (ت٢٤١هـ)، ومن معه من أن الدَّين المؤجل لا يحل بموت المدين إذا كان له ورثة، ووثقوا هذا الدين برهن، أو حميل أو غير ذلك؛ لأن حق الدائن لم يتأثر بشيء. أما إذا لم يترك المدين المتوفى مالاً فلا يجب على الورثة قضاء دين مورثهم، وبذلك يتعثر السداد.

ويظهر لي رُجحان مذهب الجمهور في هذه المسألة للأسباب التالية:

- تخفيف المسؤولية عن الميت؛ لما ورد في الحديث الشريف: «**نَفْسُ الْمُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ مَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ**»[4].

- تنفيذ الوصية وإعطاء الوارثين حقوقهم من التركة يقتضي ابتداء

= مفسر، ومعبر للرؤيا، ولد بالبصرة عام ٣٣هـ. ونشأ بزازاً، وفي أذنه صمم، وتفقه وروى الحديث، كما استكتبه أنس بن مالك بفارس، وتوفي سنة ١١٠هـ. (الذهبي، تذكرة الحفاظ ١/ ١٤٩؛ وابن حجر، تهذيب التهذيب ٥/ ٤٢؛ وابن العماد، شذرات الذهب ١/ ٢١٠).

(١) ابن قدامة، المغني (٤/ ٤٨٢)؛ والمرداوي، الإنصاف (٥/ ٣٠٧).

(٢) أخرجه: مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الفرائض، باب من ترك مالاً فلورثته (٣/ ١٢٣٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) محمد عثمان شبير، صيانة المديونات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحث ضمن كتاب: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة تأليف: د. محمد سليمان الأشقر، ود. محمد عثمان شبير، ود. ماجد محمد أبو رخية، ود. عمر سليمان الأشقر (ط:١؛ الأردن: دار النفائس ـ عمَّان، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٨م) ٢/ ٨٤٦.

(٤) سبق تخريجه.

الوفاء بالديون؛ فإن كانت حالة فتعطى لأصحابها، وإن كانت مؤجلة فالأولى دفعها لأهلها؛ لأنه لا فائدة من حبسها عنهم دون فائدة.

- إن بقاء الديون المؤجلة في أيدي الورثة فيه إلزام لهم بما لم يلتزموه ابتداء وتحميل لذممهم بما لم يحتملوه والأصل في العقود بناؤها على التراضي.

- إن تعدد الورثة في أغلب الأحوال مع ملاحظة فساد كثير من الضمائر وضياع أموال كثيرة ترجّح القول بتعجيل تسديد ديون الميّت سواء أكانت حالة أم مؤجلة.

د - جحود الدين

لا شك أن الناس مثلما يختلفون من حيث ألوانهم وملامحهم الظاهرة وألسنتهم وأمزجتهم وإمكاناتهم الفكرية، فهم مختلفون أيضاً من حيث التزامهم التربوي والأخلاقي؛ فكثيراً ما نجد أناساً طبعوا على الإيذاء ومقابلة الإحسان بالإساءة، وزين لهم الشيطان أعمالهم فساروا في ركابه فآذوا خلق الله في أنفسهم وفي أعراضهم وفي أموالهم، ولعل من أبرز صور أكل أموال الناس بالباطل هو أن يجحد المرء ما ثبت عليه من ديون، وإن كثيراً من الناس صرفوا النظر عن التعامل بالديون نظراً لما تعرّضوا له، أو لاحظوه من جحود ونكران الجميل بسبب هذا التراجع الأخلاقي الرهيب الذي تعانيه مجتمعات كثيرة. وفيما يلي بيان لمفهوم جحود الدين في اللغة والاصطلاح، ولمحة موجزة عن أحكام الجحود في الدعوى، وإيضاح ما يتحقق به جحود الدين.

١ - مفهوم جحود الدين:

أ - الجحود في اللغة:

يطلق الجحود في اللغة على إنكار الشيء مع العلم به[١]. قال في

---

(١) د. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط (١/١٢٨) مادة: «ج ح د».

«المصباح المنير»: «جَحَدَهُ حَقَّهُ وَبِحَقِّهِ جَحْداً وَجُحُوداً أَنْكَرَهُ، وَلَا يَكُونُ إِلَّا عَلَى عِلْمٍ مِنَ الجَاحِدِ بِهِ»(١).

ويأتي النّفي بمعنى الإنكار أو الجَحْد، وهو مقابل للإيجاب: وقيل: إن الفرق بين النّفي وبين الجحد أنّ النّافي إن كان صادقاً سُمِّي كلامه نفياً ولا يسمّى جَحْداً، وإن كان كاذباً سُمِّي جَحْداً ونفياً أيضاً، فكلّ جَحْدٍ نفيٌ. وليس كلّ نفي جحداً، ومنه قوله تعالى: ﴿وَجَحَدُوا۟ بِهَا وَٱسْتَيْقَنَتْهَآ أَنفُسُهُمْ ظُلْمًا وَعُلُوًّا ۚ فَٱنظُرْ كَيْفَ كَانَ عَـٰقِبَةُ ٱلْمُفْسِدِينَ ﴿١٤﴾﴾ [النمل: ١٤].

ب ـ الجحود في الاصطلاح الفقهي:

ورد استعمال الجحد والجحود في اصطلاح الفقهاء بمعنى: نفي ما في القلب ثباته، وإثبات ما في القلب نفيه، وليس بمرادف للنّفي من كلّ وجه(٢).

قال ابن القيم (ت٧٥١هـ): «لا يكون الجحد إلا بعد الاعتراف بالقلب أو اللسان، ومنه قوله تعالى: ﴿وَجَحَدُوا۟ بِهَا وَٱسْتَيْقَنَتْهَآ أَنفُسُهُمْ...﴾ [النمل: ١٤]... وعلى هذا لا يحسن استعمال الفقهاء لفظ الجحود في مطلق الإنكار في باب الدعاوى وغيرها؛ لأن المنكر قد يكون محقّاً فلا يسمّى جاحداً»(٣).

---

(١) الفيومي، المصباح المنير (١/ ٩١) مادة: «ج ح د».

(٢) الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن ص:٩٥؛ ومحمد عبد الرؤوف المناوي ت١٠٣١هـ، التعاريف، تحقيق: د. محمد رضوان الداية (ط:١؛ دمشق: دار الفكر، ١٤١٠هـ) ص:٢٣٣؛ ونخبة من العلماء، الموسوعة الفقهية ـ مرجع سابق ـ (٧/ ٤٢).

(٣) محمد بن أبي بكر الزرعي المعروف بابن القيم ت٧٥١هـ، بدائع الفوائد، تحقيق: هشام عبد العزيز عطا، وعادل عبد الحميد العدوي، وأشرف أحمد الجمال (ط:١؛ مكة المكرمة: مكتبة نزار مصطفى الباز، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٦م) ٤/ ٩٢٨.

٢ ـ أحكام الجحود في الدّعوى[1]:

يجب على المدَّعي حقّاً له عند غيره لإثبات هذا الحقّ ومن ثم تمكينه منه أن يقدِّم ببيِّنةٍ من شهادة أو وثيقة ونحوهما تثبت صحّة دعواه، فإن افتقر إلى وجود بيِّنة فإنّ القضاء يلزم المدَّعى عليه بالإجابة عمّا تمّ توجيهه إليه من ادّعاء، فإمّا أن يقرّ بحقِّ المدّعي، وإمّا أن ينكر مضمون تلك الدعوى[2].

ففي حالة إقرار المدَّعى عليه فالحقّ موضوع الدعوى يصبح لازماً له. أما في حالة إنكاره فيتوجب على المدّعي تقديم البيّنة، فإن أقام البيّنة قُضي له بحقِّه، وإن عجز عنها ولجأ لطلب اليمين القضائية[3] من المدّعى عليه فإنه يحلّف، فإذا استجاب وحلف برئ من المدّعي، أما إذا امتنع عن الحلف فقال الحنفية والحنابلة أن القاضي يحكم على المدَّعى عليه الممتنع عن حلف اليمين[4]. في حين ذهب الجمهور وهم المالكية

---

(١) الدَّعْوَى: هي قولٌ مقبولٌ أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء، يقصد به إنسان طلب الحق له أو لمن يمثله أو حمايته. وبعبارة أوجز: الدعوى هي إخبار الشخص بحق لنفسه على غيره في مجلس القضاء (ينظر: د. محمد الزحيلي، القضاء في الإسلام. ط:١؛ دمشق: دار المكتبي، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م، ص: ٧٤).

(٢) ينظر: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (ط:٤؛ دمشق: دار الفكر، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م) ٨/ ٥٩٨٥؛ ود. عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية (ط:٣؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٨هـ١٩٩٧م) ص:١٦٩.

(٣) اليمين: وهي الحلف بالله تعالى أمام القاضي لإثبات الحق أو الفعل أو نفيهما (ينظر: د. وهبة الزحيلي، المرجع نفسه ٨/ ٦٢٨٥).

(٤) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢٢٥)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٥٤٩ ـ ٥٥٠)؛ والبهوتي، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٤٨٥)؛ وكذا كتابه: الروض المربع بشرح زاد المستقنع ـ مختصر المقنع (لا.ط؛ الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، د.ت) ٢/ ٣٦٩.

والشافعية والحنابلة في قول إلى ردِّ اليمين إلى المدّعي، فإن حلف حكم له، وإن امتنع رُدَّت دعواه[1].

هذا بإيجاز طريق الحكم بصورة مجملة[2]، والمعتمدة أساساً على حديث النّبيّ ﷺ: «**البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي وَاليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**»[3].

---

(١) ينظر: عبد الوهاب البغدادي، الإشراف (٢/ ٩٦٦)؛ وسليمان بن خلف الباجي ت٤٧٤هـ، فصول الأحكام، تحقيق: محمد أبو الأجفان (لا.ط؛ تونس: الدار العربية للكتاب، ١٩٨٥م) ص:١٤٨؛ وابن جزي، القوانين الفقهية ص:١٩٨ ـ ١٩٩؛ والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٤٧)؛ وابن أبي الدم الحموي ت٦٤٢هـ، أدب القضاء، تحقيق: د. محمد الزحيلي (لا.ط؛ دمشق: مجمع اللغة العربية، ١٣٩٥هـ ـ ١٩٧٥م) ص:٢٢١؛ والشربيني، مغني المحتاج (٤/ ٤٦٨ ـ ٤٧٩)؛ وابن قدامة، المغني (١٢/ ١٢٤)؛ وابن القيم، الطرق الحكمية ص:١٣٧.

(٢) ينظر: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (٨/ ٥٩٨٧ وما بعدها)؛ ود. عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ص:١١٩ وما بعدها؛ ود. عبد الناصر موسى أبو البصل، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون (ط:١؛ الأردن: دار النفائس، ١٤٢٠هـ ـ ٢٠٠٠م) ص:٣١٣ ـ ٣١٤.

(٣) أخرجه: البيهقي، السنن الكبرى (١٠/ ٢٥٢) قال ابن الملقن: رواه البيهقي بإسناد حسن (عمر بن علي بن الملقن الأنصاري ت٨٠٤هـ، خلاصة البدر المنير، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، ط:١؛ الرياض: مكتبة الرشد، ١٤١٠هـ، ٢/ ٤٤٩)، والترمذي، الجامع الصحيح (٣/ ٦٢٦) بلفظ: «**البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه**». وقال أبو عيسى: «هذا حديث في إسناده مقال». وجاء في الصحيحين: «اليمين على من أنكر» (البخاري، الجامع الصحيح، كتاب التفسير، باب ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾... ٤/ ١٦٥٦، ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه ٣/ ١٣٣٦). كما ورد هذا اللفظ في رسالة القضاء من الفاروق عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما. وينظر في تخريج الحديث: الزيلعي، نصب الراية (٤/ ٨١، ٣٩٠)؛ وابن حجر العسقلاني ت٨٥٢هـ، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق: السيد عبد الله هاشم =

٣ ـ ما به يتحقّق جحود الدّين:

أ ـ النّطق الصريح:

كأن يقول لم تسلِّفني ما تدَّعيه. وهناك ألفاظ غير صريحة اختلف العلماء فيها؛ كأن يقول المدَّعى عليه: لا حقَّ له عندي. فإنّه لا يعدّ جحداً؛ لأن المدَّعي لا بدّ أن يبيِّن في دعواه الوجه الذي ترتّب له به الحقّ من بيع أو قرض أو نحو ذلك فيلزم أن ينفي المدَّعى عليه ذلك الوجه أو يقرّ به وتتوجّه اليمين في الإنكار على طبق الدّعوى، وهذا هو القول المقدّم عند المالكيّة[1]، ومذهب الحنفيّة[2]. والقول الآخر عند المالكيّة[3]، وهو قول للشّافعيّة، وقول الحنابلة أن يكون جحداً؛ لأن نفي المطلق يشمل نفي المقيّد، فقوله ليس له عليّ حقّ نفي مطلق لحقّ المدّعي، أيّاً كان سببه، فيعتبر جواباً كافياً وإنكاراً موجباً للحلف بشروطه.

ب ـ الامتناع من الإقرار والإنكار:

لو قال المدَّعى عليه: لا أقرُّ ولا أنكر، فقد اختلفت أقوال الفقهاء في حكم امتناعه هذا. فقال الصاحبان أبو يوسف (ت١٨٢هـ)، ومحمد بن الحسن (ت١٨٩هـ): هو إنكار، فيستحلف بعده[4]. وعند الحنابلة ـ وهو قول للمالكيّة ـ إنّ قوله لا أقرّ ولا أنكر بمنزلة النّكول، فيقضي بلا استحلافٍ، كما يقضي على النّاكل عن اليمين، وذلك بعد أن يعلمه

= اليماني المدني (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت) ٢/ ١٧٥، ٢٨٤.

(١) ينظر: ابراهيم بن محمد بن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (ط:١؛ بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٥م) ١/ ١٣٩؛ والتسولي، البهجة في شرح التحفة (١/ ٤٨).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢٢٥ ـ ٢٢٦).

(٣) ينظر: ابن فرحون، المرجع السابق (١/ ١٣٩)؛ التسولي، المرجع السابق (١/ ٤٨).

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢٢٦).

القاضي أنّه إن لم يقرّ ولم ينكر حكم عليه. وقال أبو حنيفة (ت١٥٠هـ)، وهو قول المالكيّة المقدّم عندهم: إن قال لا أقرّ ولا أنكر لا يستحلف؛ لأنه لم يظهر الإنكار، ويحبس حتّى يقرّ أو ينكر[١].

ويرى المالكيّة أنّ القاضي يؤدّب المدعى عليه الممتنع حتّى يقرّ أو ينكر، فإن استمرّ على امتناعه حكم عليه بغير يمين[٢]. ونقل الكاسانيّ[٣] عن بعض الحنفيّة أنّ قوله لا أقرّ ولا أنكر إقرار[٤].

جـ ـ السّكوت:

من ادّعي عليه أمام القضاء فسكت، ففي اعتبار سكوته جحداً أقوال:

القول الأوّل: إنّ سكوته جحد، وهذا قول أبي يوسف (ت١٨٢هـ) من الحنفيّة، وعليه الفتوى عندهم[٥]، وهو مذهب الشّافعيّة[٦]. وذلك على اعتبار أنّ الدّعوى أوجبت الجواب عليه، والجواب إمّا إقرار وإمّا إنكار، فلا بدّ من حمل السّكوت على أحدهما، والحمل على الإنكار أولى؛ لأن العاقل المتديّن لا يسكت عن إظهار الحقّ المستحقّ لغيره مع القدرة عليه، فكان حمل السّكوت على الإنكار أولى، فكان السّكوت إنكاراً دلالةً. وهذا إن كان سكوته لغير عذرٍ، فإن كان لعذرٍ كما لو كان

---

(١) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام (١/ ١٤٠)، التسولي، البهجة في شرح التحفة (١/ ٤٨).

(٢) ابن فرحون، المرجع نفسه (١/ ١٤٠).

(٣) هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (نسبة إلى كاسان مدينة بتركستان)، علاء الدين، فقيه، أصولي، من أعلام الحنفية. توفي سنة ٥٨٧هـ. من آثاره: السلطان المبين في أصول الدين، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. (كحالة، معجم المؤلفين ١/ ٤٤٦).

(٤) الكاساني، المرجع السابق (٦/ ٢٢٦).

(٥) المرجع نفسه (٦/ ٢٢٥ ـ ٢٢٦).

(٦) الشربيني، مغني المحتاج (٤/ ٤٦٨).

في لسانه آفة تمنعه عن التّكلّم، أو في سمعه ما يمنعه من سماع الكلام، فلا يعدّ سكوته إنكاراً[1].

وذكر الشّافعيّة[2] من الأعذار أيضاً أن يسكت لدهشةٍ أو غباوةٍ. أمّا الأخرس فقالوا: إنّ تركه الإشارة بمنزله السّكوت. فعلى هذا القول يطلب القاضي من المدّعي البيّنة[3].

القول الثّاني: مذهب المالكيّة[4] والحنابلة، وهو ثاني قولين للشّافعيّة: **أنّ سكوت المدّعى عليه بمنزلة النّكول**، فيحكم عليه القاضي بالسّكوت كما يحكم على المنكر النّاكل عن اليمين، بعد أن يعلمه القاضي بحكم سكوته، فيقول له: إن أجبت عن دعواه وإلّا جعلتك ناكلاً وقضيت عليك، وهذا هو المذهب عند الحنابلة. على أنّه لا يحكم عليه إلّا بعد ردّ اليمين على المدّعي عند الشّافعيّة والحنابلة[5].

القول الثّالث: وهو قول للحنابلة أيضاً: يحبسه القاضي حتّى يجيب عن الدّعوى[6].

د ـ جحد من عليه الحقّ كذباً، إن كان الآخر جاحداً لحقّه:

ذكر المالكيّة[7]، والحنابلة[8] أنّ من عليه الدّين ليس له أن يجحده حتّى في حالة ما لو كان له دين قبل المدّعي، وكان المدّعي قد جحده، لقول النّبيّ ﷺ: «**أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ**»[9].

---

(١) الكاساني، المرجع السابق (٦/ ٢٢٥ ـ ٢٢٦).
(٢) الشربيني، المرجع السابق (٤/ ٤٦٨).
(٣) نخبة من العلماء، الموسوعة الفقهية (٧/ ٤٤).
(٤) التسولي، البهجة في شرح التحفة (١/ ٤٨ ـ ٤٩).
(٥) وينظر: د. عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ص: ١٢١.
(٦) نخبة من العلماء، الموسوعة الفقهية (٧/ ٤٥).
(٧) عبد الوهاب البغدادي، الإشراف (٢/ ٩٨٤)؛ والحطاب، مواهب الجليل (٤/ ٨٥).
(٨) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (٣٠/ ٣٧٢).
(٩) سبق تخريجه.

ولأنّ الدَّين الذي على المدّعى عليه إن كان من غير جنس دينه؛ كأن يكون دين أحدهما ذهباً ودين الآخر فضّةً، فإنّ الجحد هنا يكون كبيع الدّين بالدّين، وهو لا يجوز ولو تراضيا. وإن كان الدّينان من جنسٍ واحدٍ كان ذلك من قبيل المقاصّة، وهي لا تجوز إلّا بالتّراضي. إذن ليس له تعيين حقّه بغير صاحبه. وأجاز الشّافعيّة للمدين جحد دين من جحد دينه، إذا كان على الجاحد مثل ما له عليه، أو أكثر منه، فتحصل المقاصّة بين الدّينين، وإن لم توجد شروطها للضّرورة. فإن كان له دون ما للآخر جحد من حقّة بقدره.

هـ ـ كساد النقود أو انقطاع العمل بها:

إن أغلب التعاملات بين الناس تتمّ بواسطة النقود؛ لأنها الأكثر تداولاً والأسرع في اقتناء الحاجيات ومختلف السلع ومن ثم كانت أغلب الديون نقوداً، وتعتري النقود المتداولة حالات استثنائية قد تفقد قيمتها كلياً أو جزئياً مما يؤثر على كيفية تسديد الديون الثابتة في الذمة قبل حصول الكساد أو انقطاع التعامل بالعملة.

وعلى هذا سوف نبين مفهوم كساد النقود، ومعنى انقطاعها، والعلاقة بين الكساد والانقطاع، وفي الأخير دور كساد النقود، أو انقطاع العمل بها في تعثر الديون:

١ ـ مفهوم كساد النقود:

الكساد في اللغة: هو مأخوذ من كسد الشيء يكسد بمعنى لم ينفُق لقلة الرغبة فيه[١].

أما في الاصطلاح الفقهي: فيرد على ألسنة الفقهاء تعبير «كساد

---

(١) الفيومي، المصباح المنير (٢/ ٥٣٣)؛ ود. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط (٢/ ٨٢٢) مادة: «ك س د».

النقد» ويعنون به أن يبطل التداول بنوع من العملة، ويسقط رواجها في البلاد كافة[1].

أما في الاصطلاح الاقتصادي فالكساد عبارة عن «انخفاض النشاط الاقتصادي بسبب تضاؤل فرص الاستثمار، ويتميز بانخفاض الأسعار، وتقلص القوة الشرائية، وارتفاع نسبة البطالة، وهو أحد حلقات الدورة الاقتصادية»[2].

وتجدر الإشارة في هذا المجال إلى أن الكساد يعتبر أسوأ مرحلة من مراحل الدورة الاقتصادية، ولذلك فإنه يترك الآثار السيئة التي تصيب النشاط الاقتصادي بقطاعاته المختلفة في أغلب دول العالم، الأمر الذي يؤدي إلى وقوع كثير من الدول والأفراد تحت وطأة العسرة المادية[3].

٢ ـ مفهوم انقطاع النقود:

والانقطاع في اللغة: هو عدم التوفّر. يقال: انقطع الغيث؛ أي: انحبس. وانقطع النهر؛ أي: جفَّ ماؤه أو حُبس[4].

أما في الاصطلاح: فإن انقطاع النقد يعني فقدانه من أيدي الناس وعدم توفره في الأسواق لمن يريده، ولو ثبت وجوده في البيوت أو في

---

(١) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق (٤/١٤٣)؛ وابن عابدين، تنبيه الرقود على مسائل النقود، ضمن كتاب: مجموعة رسائل ابن عابدين (لا.ط؛ بيروت: عالم الكتب، د.ت) ٢/ ٦٠؛ وعلي حيدر، درر الحكام (١/١٠٨)؛ ود. نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص: ٢٣٠ ـ ٢٣١.

(٢) د. بدوي، معجم المصطلحات الاقتصادية ـ مرجع سابق ـ ص: ٦٥؛ ود. حسن الرفاعي، العسرة المادية ـ مرجع سابق ـ ص: ١٢١.

(٣) د. حسن الرفاعي، المرجع نفسه ص: ١٢٢.

(٤) الفيومي، المرجع السابق (٢/٥٠٨)؛ ود. إبراهيم أنيس وآخرون، المرجع السابق (٢/ ٧٨٠) مادة: «ق ط ع».

أيدي الصيارفة. وقال الزرقاني[١]، والخرشي[٢] في ضابط الانقطاع: «إن العبرة بالعدم في بلد المعاملة؛ أي: البلد التي تعاملا فيها، ولو وجد في غيرها فإنه يعدّ منقطعاً»[٣].

٣ ـ العلاقة بين الكساد والانقطاع:

الكساد يعني: أن العملة قد تركها الناس لأي سبب من الأسباب بحيث لا يتعاملون بها لعدم رواجها، ولقلّة رغبتهم في التعامل بها. أما الانقطاع فهو عدم وجودها في السوق، فالعلاقة بينهما عموم وخصوص من وجه؛ حيث يشتركان في عدم التعامل وأن النقد قد يكون سبب ترك التعامل به يعود إلى عدم رواجه، وعدم وجوده في السوق في آن واحد، ويختلفان في أن النقد قد يكون رائجاً مرغوباً فيه لكنه لا يوجد في السوق فيكون الانقطاع، وقد يكون موجوداً في السوق لكنه غير رائج أو ممنوع التعامل به في الدولة فيكون الكساد فقط[٤].

---

(١) هو عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المالكي، أبو محمد، من الفقهاء المحققين، ولد بمصر عام ١٠٢٠هـ، وتوفي بها سنة ١٠٩٩هـ. له شرح على مختصر خليل بن إسحاق الفقهي في أربع مجلدات، وشرح للعزية، وشرح على خطبة خليل للناصر اللقاني (ينظر: مخلوف، شجرة النور الزكية ص:٣٠٤ ـ ٣٠٥؛ وكحالة، معجم المؤلفين: ٢/ ٤٥).

(٢) هو محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المالكي، ولد ببلدة أبو خراش بمديرية البحيرة بمصر عام ١٠١٠هـ، من كبار الفقهاء وشيخ المالكية تولى مشيخة الأزهر، وتوفي سنة ١١٠١هـ. له شرح على مختصر خليل الفقهي (ينظر: مخلوف، المرجع السابق ص:٣١٧؛ وكحالة، المرجع السابق ٣/ ٤٣١).

(٣) الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل (٥/ ٦٠)؛ والخرشي، الخرشي على مختصر خليل (٥/ ٥٥)؛ وينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق (٤/ ١٤٣)؛ وابن عابدين، تنبيه الرقود (٢/ ٦٠)؛ وعلي حيدر، درر الحكام (١/ ١٠٨)؛؛ ود. نزيه حماد، المرجع السابق ص:٧٧.

(٤) د. علي محي الدين القره داغي، بحوث في الاقتصاد الإسلامي (ط:١؛ بيروت: دار البشائر الإسلامية، ١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠٢م) ص: ٦٤.

٤ ـ دور كساد النقود أو انقطاع العمل بها في تعثر الديون:

مما لا شك فيه أن النقود الورقية إذا تم إلغاؤها بأمر رسميّ، فإنه ليس أمام المتعاقدين من حلٍّ في أداء ما ثبت في الذمة إلا بالرجوع إلى قيمة تلك العملة وقت العقد إما حسب الذهب، أو سلة العملات، أو السلع الأساسية.

ولكن الإشكال يقع إذا تعرَّضت قيمة العملة للانهيار مع بقائها عملة رسمية؛ بحيث لم تعد لها قيمة تُذكر مثلما حدث للمارك الألماني بعد الحرب العالمية الثانية، حيث كان رغيف الخبز الواحد يُشترى بعشرات الآلاف من الماركات، وكذلك الليرة اللبنانية التي كان سعرها في بداية السبعينيات حوالي نصف دولار، ثم وصلت قيمتها إلى أن دولاراً واحداً يساوي ألفاً وخمسمائة ليرة، والأمر نفسه بالنسبة للدينار العراقي فقد كان سعره في بغداد قبل احتلال الكويت عام ١٩٩٠م يساوي الواحد منه أكثر من ثلاثة دولارات، ثم أصبحت قيمته بعد الحرب أن الدولار الواحد يساوي أكثر من ثلاثة آلاف دينار عراقي(١).

وعليه فإن إلزام الدائن بقبول مثل النقود التي أقرضها بعد انهيار قيمتها يعدّ ظلماً كبيراً له؛ لأنه دفع مالاً ذا منفعة معينة ليسترده بالمنفعة نفسها التي كانت فيه، فإذا أعطي مالاً تنعدم منفعته أو تقلّ عما دفع يكون قد ظلم؛ لأنه دفع ما ينتفع به واستردّ ما لا ينتفع به(٢).

وعلى هذا فانهيار قيمة العملة، والتقلبات الكبيرة الحاصلة في الأسواق المالية، والتوسع المهول للأنشطة الاقتصادية بين الدول كل ذلك لم يترك المرء في مأمن من مثل تلك التقلبات وما يصاحبها من

---

(١) المرجع السابق ص: ٤٠.

(٢) د. محمود دياب الشاعر، أثر التغير في قيمة النقود على الالتزامات في الفقه الإسلامي (ط:١؛ الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٤م) ص: ٣٤٤.

تحوّلات عميقة الأثر في التعامل المالي بين المؤسسات وبين الأفراد مما يسبب تخوفاً كبيراً أمام المتعاملين بالديون طويلة الأجل بالدرجة الأولى، ثم قصيرة الأجل بالدرجة الثانية؛ حيث يعمدون إلى تعطيل المعاملات المؤجلة أو يفرضون شروطاً وضمانات مجحفة بما يسبب تعثر التعامل بالديون كلياً أو جزئياً، كما تثار في مثل تلك الحالات تساؤلات ونزاعات عند تسديد الديون الثابتة في الذمة قبل انهيار قيمة العملة؛ فمن الذي يقع عليه عبء تحمل الضرر، هل يتحمله الدائن بأن يأخذ مثل ما أعطى لا أقل ولا أكثر، أم يتحمله المدين الذي لم يتسبب لا من قريب ولا من بعيد في انهيار قيمة العملة، أم يوزع الضرر على المتعاقدين، ثم على أي أساس يتم توزيع الضرر؟.

ولقد بحث الفقهاء مسألة تأثير التغير في قيمة النقود على الالتزامات وفرّقوا في أحكام الدّين من النّقود عند طروء التّغيّرات على النّقد بين ما إذا كان الدّين الثّابت في الذّمّة نقداً بالخِلْقَةِ؛ أي: من الذّهب أو الفضّة، بحيث تبقى له قيمته كمعدن ثمين ولو لم يعد يتعامل به كنقد، وما إذا كان النقد ثابتاً بالاصطلاح بأن كان من غير النّقدين وجرى الاصطلاح على استعماله استعمال النّقدين؛ كمختلف الأوراق النقدية المعاصرة التي لا تصلح لشيء إن انقطع التعامل بها. وقد تعددت الآراء الفقهية في معالجة آثار كساد النقود الاصطلاحية، أو انقطاعها على الديون الثابتة في الذمة.

ولئن كان نصّ الفقهاء القدامى في مختلف المذاهب الفقهية بأن الرد في الديون، والقروض المثلية يكون بالمثل[1]. فإن بعض الفقهاء

(١) ينظر: ابن عابدين، تنبيه الرقود، ضمن رسائل ابن عابدين (٢/ ١٦ وما بعدها)؛ وعليش، منح الجليل (٢/ ٥٣٤)؛ وعبد الرحمٰن السيوطي ت٩١١هـ، الحاوي للفتاوى (لا.ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م) ١/ ٩٧؛ والبهوتي، كشاف القناع (٣/ ٣٠١)؛ ود. علي القره داغي، بحوث في الاقتصاد الإسلامي ص: ٢٠ وما بعدها.

المعاصرين ذهبوا إلى القول بأن انخفاض قيمة العملة إن كان فاحشاً[1]، فإنه يؤثر في أعواض العقود الآجلة؛ فيوجب للمتضرِّر حقّ المطالبة بجبر الضرر اللاحق به، وإلزام الطرف الآخر بتعويضه قضائياً بعد الدعوة إلى الصلح حيث يردهما القاضي، أو الجهة المحكَّمة إلى القيمة العادلة مع مراعاة الثمن في أصل العقد حتى لا يربح مرتين؛ لأنه قد يكون الدائن قد باع إلى المدين بسعر مرتفع تحسّباً للتضخم فعلى القاضي أن يراعي ذلك في تقدير القيمة العادلة لا إفراط فيها ولا تفريط بعد أخذ رأي المختصين[2].

ولقد أقر مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الخامسة عام ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٨م مبدأ المثلية في النقود الورقية ونص على أن: «العبرة في وفاء الديون الثابتة بعملة ما، هي بالمثل وليس بالقيمة؛ لأن الديون تُقضى بأمثالها، فلا يجوز ربط الديون الثابتة في الذمة ـ أيّاً كان مصدرها ـ بمستوى الأسعار»[3]. ثم أكد المجمع هذا القرار في

---

(١) إن الكثرة والقلة والفحش واليسر والغلبة والندرة لها آثارها على العقود، حيث يعتد الفقهاء في كثير من الأشياء بالغلبة والكثرة؛ فالعبرة للغالب الشائع لا النادر. وإن الغبن الفاحش له تأثيره في العقود، غير أن الفقهاء اختلفوا في تحديد معيار الغبن الفاحش والغبن اليسير؛ فهناك من ذهب إلى أن الغبن الفاحش ما زاد عن نصف العشر (٥٪)، وهناك من ذهب إلى اعتماد الثلث وآخرون الربع. في حين رأى فقهاء آخرون عدم التحديد والرجوع إلى عرف التجار وتقويمهم في كل حالة نظراً لأنه لم يرد في الشرع تحديد فيرجع إلى العرف، وهذا هو الرأي الراجح في المسألة (ينظر: د. علي القره داغي، المرجع السابق ص: ٣٤ ـ ٣٨).

(٢) عبد الله ابن الشيخ المحفوظ بن بية، توضيح أوجه اختلاف الأقوال في مسائل من معاملات الأموال (ط:١؛ مكة المكرمة: المكتبة المكية، وبيروت: دار ابن حزم، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م) ص:١٩٦.

(٣) منظمة المؤتمر الإسلامي، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ـ جدة ـ =

الفقرة الخامسة من قرارات الدورة الثامنة عام ١٩٩٤م[١].

ولكن المتغيرات الواقعية الملحوظة للنقود الورقية، وما يتجلى للجميع من تقلباتها الكثيرة وانهياراتها المتعددة، وما يخلفه ذلك كله من تبعات عميقة الأثر على الحقوق والالتزامات؛ فإن القرار المذكور آنفاً ليس بالإمكان قبوله إلا على أساس كونه أصلاً عاماً يمكن الاستثناء منه عندما تستدعي الظروف والأحوال والمصالح المرسلة وسد الذرائع ومبادئ العدل والمساواة[٢].

قرار مجمع الفقه الإسلامي في ذلك:

وعلى هذا فقد اتجه مجمع الفقه الإسلامي لإعادة النظر في المسألة وفتح المجال للبحث فيها من جديد، وذلك في دورته التاسعة عام ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٥م، وأصدر قراره رقم: ٨٩ (٩/٦) ومما جاء فيه: «إن مجمع الفقه الإسلامي. . . بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع قضايا العملة، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دلت على أن هناك اتجاهات عديدة بشأن معالجة حالات التضخم الجامح الذي يؤدي إلى الانهيار الكبير للقوة الشرائية لبعض العملات منها:

أ ـ أن تكون هذه الحالات الاستثنائية مشمولة أيضاً بتطبيق قرار المجمع الصادر في الدورة الخامسة، ونصه: العبرة في وفاء الديون الثابتة بعملة ما، هي بالمثل وليس بالقيمة؛ لأن الديون تُقضى بأمثالها، فلا يجوز ربط الديون الثابتة في الذمة ـ أيّاً كان مصدرها ـ بمستوى الأسعار.

ب ـ أن يطبق في تلك الأحوال الاستثنائية مبدأ الربط بمؤشر تكاليف المعيشة (مراعاة القوة الشرائية للنقود).

= للدورات ١ ـ ١٠. تنسيق وتعليق: د. عبد الستار أبو غدة. (ط:٢؛ دمشق: دار القلم، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م) قرار رقم: ٤٢ (٥/٤) ص:٩٣.

(١) المرجع نفسه، قرار رقم: ٧٥ (٨/٦) ص:١٧٢.

(٢) د. علي محي الدين القره داغي، بحوث في الاقتصاد الإسلامي ص:٢٠.

ج ـ أن يطبق مبدأ ربط النقود الورقية بالذهب (مراعاة قيمة هذه النقود بالذهب عند نشوء الالتزام).

د ـ أن يؤخذ في مثل هذه الحالات بمبدأ الصلح الواجب، بعد تقرير أضرار الطرفين (الدائن والمدين).

هـ ـ التفريق بين انخفاض قيمة العملة عن طريق العرض والطلب في السوق، وبين تخفيض الدولة عملتها بإصدار قرار صريح في ذلك بما قد يؤدي إلى تغير اعتبار قيمة العملات الورقية التي أخذت قوتها بالاعتبار والاصطلاح.

و ـ التفرقة بين انخفاض القوة الشرائية للنقود الذي يكون ناتجاً عن سياسات تتبناها الحكومات وبين الانخفاض الذي يكون بعوامل خارجية.

ز ـ الأخذ في هذه الأحوال الاستثنائية بمبدأ (وضع الجوائح) الذي هو من قبيل مراعاة الظروف الطارئة»، ثم أوصى المجمع بعقد ندوة متخصصة، للنظر في أصلح الطرق التي يقع الاتفاق عليها للوفاء بما في الذمة من الديون والالتزامات في الأحوال الاستثنائية المذكورة أعلاه[١].

ولقد عقد مجمع الفقه الإسلامي بجدة بالتعاون مع بنك فيصل الإسلامي (البحرين) والبنك الإسلامي للتنمية بجدة ندوة متخصصة في موضوع التضخم وآثاره على الديون والحقوق الآجلة في ثلاث حلقات عمل، الأولى في جدة (ديسمبر ١٩٩٥م)، والثانية في كوالالمبور (يوليو ١٩٩٦م)، والثالثة في البحرين (سبتمبر ١٩٩٩م)، وتوصل إلى جملة من التوصيات والتي منها أنّ التضخم إن كان متوقّعاً عند التعاقد، فإنه لا يترتب عليه أي تأثير في تعديل الديون الآجلة، فيكون الوفاء بالمثل لا بالقيمة، وإن كان التضخم يسيراً لا يبلغ الثلث فلا يُعتبر مُسوِّغاً لتعديل

---

(١) منظمة المؤتمر الإسلامي، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ـ مرجع سابق ـ: قرار رقم: ٨٩ (٦/٩) ص: ٢٠٢ ـ ٢٠٣.

الديون الآجلة. أما إن كان كثيراً فالحلّ باللّجوء إلى الصلح عند السداد لتوزيع الفرق الناشئ عن التضخم بين المدين والدائن، وإن تعذّر الصلح فإنه يصار إلى التحكيم أو إلى القضاء للنظر في مقدار الضرر وتحديد ما يتحمله المدين[١].

والظاهر أن الآراء الفقهية لا زالت متباينة في اختيار أنسب الحلول لمعالجة ظاهرة تدهور قيمة النقود وتأثيراتها على العقود الآجلة[٢].



(١) د. نزيه حماد، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد (ط:١؛ دمشق: دار القلم، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠١م) ص:٥٠٨ ـ ٥١١.

(٢) ينظر في الموضوع: عبد الله ابن الشيخ المحفوظ بن بية، توضيح أوجه اختلاف الأقوال في مسائل من معاملات الأموال، بحث: حكم الشرع في تعديل ما ترتب بذمة المدين للدائن في حالة التضخم ص:١٤١ ـ ١٩٧، د. علي محي الدين القره داغي، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، بحث: علاج التضخم في النقود الورقية من منظور الفقه الإسلامي ص:١٧ ـ ١٠٤، ود. نزيه حماد، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، بحث: ربط الديون والالتزامات الآجلة بمؤشر تكاليف المعيشة ص:٤٨٩ ـ ٥١٣، ود. موسى آدم عيسى، آثار التغيرات في قيمة النقود وكيفية معالجتها في الاقتصاد الإسلامي (ط:١؛ جدة: مجموعة دله البركة، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٣م)، ود. محمود دياب الشاعر، أثر التغير في قيمة النقود على الالتزامات في الفقه الإسلامي، ود. رفيق يونس المصري، بحوث في الاقتصاد الإسلامي (ط:١؛ دمشق: دار المكتبي، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠١م) ص:١٩٦ ـ ٢٠٤، ومحمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة (ط:١؛ دمشق: دار القلم، ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٨م) ص:١٧١ ـ ١٩٧، ود. منذر قحف (المحرر)، ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار «وقائع ندوة مشتركة بين المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بجدة، والمعهد العالمي للاقتصاد الإسلامي بإسلام آباد بتاريخ: ٢٧ ـ ٣٠ شعبان عام ١٤٠٧هـ» (ط:٢؛ جدة: البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م)، ومن الفقهاء المشاركين في الندوة: د. محمد الحبيب بن الخوجة، د. محمد =

الخلاصة

من خلال ما سبق عرضه في نقاط التمهيد الأربع نخلص إلى الآتي:

١ ـ تظهر مكانة المال في التشريع الإسلامي من خلال التنويه به وبيان فضائله فمن مظاهره: إضافة الله ﷻ المال إليه، وجعله قريناً للروح والنفس، واعتباره زينة الحياة الدنيا، وأساس العمران، وعليه قوام مصالح الناس، وامتنان الله تعالى على عباده بنعمة المال، كما أن المال في التشريع الإسلامي ليس غاية في ذاته، وإنما هو وسيلة من وسائل تسهيل تبادل المنافع وقضاء الحوائج.

٢ ـ اعتبار حفظ المال من مقاصد التشريع الضرورية، فالذي يمعن النظر في أحكام التشريع الإسلامي يجد أنها أولت مقصد حفظ المال عناية خاصة سواء من جانب الوجود أو من جانب العدم.

٣ ـ قرر التشريع الإسلامي الوظيفة الاجتماعية للأموال من خلال إضافة المال الخاص إلى الجماعة، وتحريم عزل المال عن وظيفته الاجتماعية، وتدخل الدولة لحماية حق المجتمع، وحق أخذ مال الزكاة ولو باستعمال القوة عند الضرورة، وحق فرض الضرائب التي تتطلبها المصلحة العامة، وحقّ الحجر على السفهاء ومنعهم من التصرف في الأموال، وحق التدخّل لمنع الإضرار العام الناتج ممارسة الاحتكار التجاري.

٤ ـ الدَّين في اللغة هو القَرْضُ وثمن المبيع، والمعنى الاصطلاحي الخاص للدَّين هو المتعلق بالأموال، وقد اختلف الفقهاء في حقيقته على

= الصديق الضرير، عبد الله بن سليمان بن منيع، د. حسين حامد حسان، محمد تقي العثماني، د. أحمد فهمي أبو سنة، د. نزيه حماد، د. علي أحمد السالوس، ونخبة من العلماء الاقتصاديين.

قولين؛ أولهما للحنفية حيث يرون أن الدَّين هو ما يثبُتُ في الذمة من مال في معاوضة أو إتلاف أو قرض، والثاني لجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ويعتبرون الدَّين ما كان ثابتاً في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته.

٥ ـ أسباب ثبوت الدَّين كثيرة منها: الالتزام بالمال ـ العمل غير المشروع المقتضي لثبوت دينٍ على الفاعل ـ هلاك المال في يد الحائز إذا كانت يد ضمانٍ ـ تحقّق ما جعله الشّارع مناطاً لثبوت حقٍّ ماليٍّ ـ إيجاب الدولة لبعض التّكاليف الماليّة على القادرين عليها ـ أداء ما يظنّ أنّه واجب عليه، ثمّ يتبيّن براءة ذمّته منه ـ أداء واجبٍ ماليٍّ يلزم الغير عنه بناءً على طلبه ـ الفعل المشروع حالة الضّرورة إذا ترتّب عليه إتلاف مال الغير ـ القيام بعملٍ نافعٍ للغير بدون إذنه.

٦ ـ من أهم صور الأساليب التحفيزية للوفاء بالديون: التحذير من أكل أموال الناس بالباطل ـ الأمر بأداء الأمانة ـ ترك النبي ﷺ الصلاة على الميت الذي عليه دين ـ التحذير والتخويف من الدَّين والغفلة عن قضائه ـ الشهيد يغفر له كل ذنوبه إلا الدَّين ـ عقوبة من لم يردّ الدَّين في الدنيا والآخرة ـ الترغيب في حسن قضاء الدَّين ـ تعليم المؤمنين دعاء قضاء الدَّين.

٧ ـ كثيراً ما تتعثر الديون ولا يتمكن الدائنون من تحصيل ديونهم، وتتعدد أسباب هذا التعثر بحيث تؤثر في عملية تأخر استيفاء الديون أو استحالة ذلك وتحكمها عدة عوامل؛ منها ما يعود إلى حالة المدين ووضعيته المالية، ومنها ما يرجع إلى أخلاقه وتربيته السلوكية، كما أن الظروف الاجتماعية والاقتصادية العامة في البلد قد يكون لها نصيب في تعثر الديون. ولعل أهم الأسباب المؤدية إلى تعثر الديون ما يلي: الإعسار المادي، المماطلة، الموت، جحود الدَّين، وكساد النقود أو انقطاع العمل بها.






الباب الأول

التدابير المانعة من تعثر الديون في الفقه الإسلامي

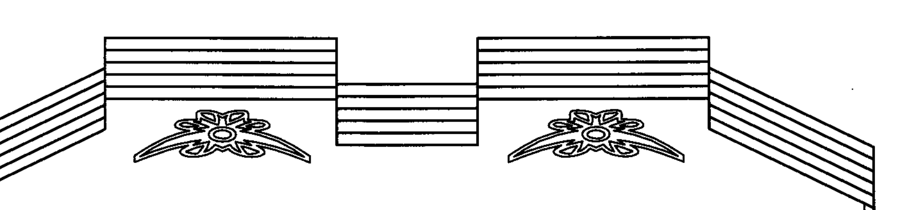
وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: حماية الديون من جحود المدين.

الفصل الثاني: حماية الديون من إفلاس المدين.

الفصل الثالث: حماية الديون من مماطلة المدين.



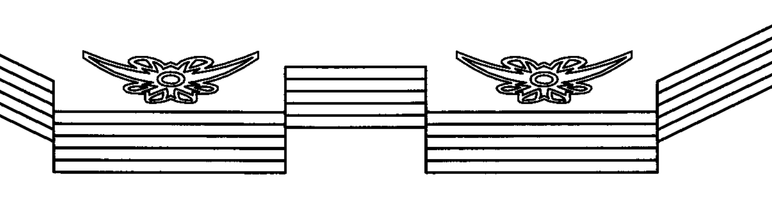
الفصل الأول

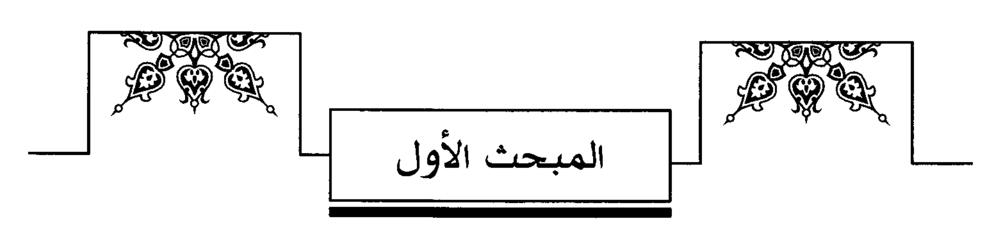
حماية الديون من جحود المدين

وسوف نتناول في هذا الفصل المبحثين التاليين:

المبحث الأول: التوثيق الكتابي ودوره في حماية الديون.

المبحث الثاني: الإشهاد ودوره في حماية الديون.





التوثيق الكتابي ودوره في حماية الديون

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم التوثيق الكتابي للديون وبيان حكمه.

المطلب الثاني: حجية وصور التوثيق الكتابي للديون.

المطلب الثالث: دور التوثيق الكتابي في حماية الديون.

ㅇ ㅇ ㅇ ㅇ ㅇ

المطلب الأول

مفهوم التوثيق الكتابي للديون وبيان حكمه

وسوف نبين مضمون هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين:

* الفرع الأول: مفهوم التوثيق بالكتابة

أولاً: تعريف التوثيق:

يطلق التوثيق في اللغة على الإحكام والشدّ، نقول: وثّقتُ الشيء توثيقاً فهو موثّق، بمعنى أحكمته(١).

قال ابن فارس (ت٣٩٥هـ): «الواو والثاء والقاف كلمة تدل على

(١) ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة (٦/ ٨٥)؛ والراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن ص:٥٢٧؛ والزمخشري، أساس البلاغة ص:٤٩٢؛ وابن منظور، لسان العرب (١٠/ ٣٧١)، كلهم في مادة: «و ث ق».

عقدٍ وإحكامٍ»[1]. ومن هنا أُطلق على العهد تسمية: ميثاق، وموثق؛ نظراً لما يتضمنه من الثبوت والإحكام. نقول: واثق الرجل أخاه؛ أي: عاهده، وفي هذا المعنى نجد قول الله تعالى: ﴿وَاذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمِيثَاقَهُ الَّذِي وَاثَقَكُم بِهِ إِذْ قُلْتُمْ سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ بِذَاتِ الصُّدُورِ ۝﴾ [المائدة: ٧]؛ فالميثاق المذكور في الآية الكريمة يعني: العهد، والمواثقة هي المعاهدة[2]، ويقال ـ أيضاً ـ: وثق فلان بفلان بمعنى: ائتمنه[3].

أما في الاصطلاح فيطلق التوثيق على مجموع الوسائل المؤدية إلى استيفاء الحق ـ عند تعذُّره ـ من المدين، أو إثباته في ذمته في حالة الإنكار[4].

وعلى هذا فعلم التوثيق عبارة عن علم يُبحث فيه عن كيفية إثبات العقود والتصرفات وغيرها على وجه يصح الاحتجاج والتمسك به، والوثيقة هي الورقة التي يُدَوَّنُ فيها ما يصدُرُ عن شخصٍ أو أكثر من العقود أو التصرفات أو الالتزامات أو الإسقاطات[5].

---

(١) ابن فارس، المرجع السابق (٦/ ٨٥).

(٢) ينظر: الراغب الأصفهاني، المرجع السابق ص:٥٢٧؛ وابن كثير، تفسير القرآن العظيم (٢/ ٣٠)؛ والرازي، مختار الصحاح ص:٤٤٧.

(٣) ينظر: الفيومي، المصباح المنير (٢/ ٦٤٧)؛ والرازي، المرجع نفسه ص:٤٤٧.

(٤) د. صالح بن عثمان الهليل، توثيق الديون في الفقه الإسلامي (لا.ط؛ الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠١م) ص:٢٢.

(٥) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية (ط:٢؛ دمشق: مكتبة دار البيان، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م) ١/ ٢٧.

ثانياً: تعريف الكتابة:

تطلق الكتابة في اللغة على معانٍ عدّةٍ، منها[1]:

- **الفرض**، كما في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٨٣﴾﴾ [البقرة: ١٨٣].
- **القضاء**، كما في قوله تعالى: ﴿كَتَبَ ٱللَّهُ لَأَغْلِبَنَّ أَنَا۠ وَرُسُلِىٓ إِنَّ ٱللَّهَ قَوِىٌّ عَزِيزٌ ﴿٢١﴾﴾ [المجادلة: ٢١] يعني: قضى الله.
- **الجَعْلُ**، كما في قوله تعالى: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ كَتَبَ فِى قُلُوبِهِمُ ٱلْإِيمَٰنَ وَأَيَّدَهُم بِرُوحٍ مِّنْهُ﴾ [المجادلة: ٢٢]؛ أي: جعل.
- **الأمر**، كما في قوله تعالى: ﴿يَٰقَوْمِ ٱدْخُلُواْ ٱلْأَرْضَ ٱلْمُقَدَّسَةَ ٱلَّتِى كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَرْتَدُّواْ عَلَىٰٓ أَدْبَارِكُمْ فَتَنقَلِبُواْ خَٰسِرِينَ ﴿٢١﴾﴾ [المائدة: ٢١]؛ أي: أمر الله أن تدخلوها.
- **الجَمْعُ**، ومنه قولهم: تكتّب بنو فلان، بمعنى: اجتمعوا. ومنه أطلق على القطعة من الجيش كتيبة. كما أن الكتابة للكتاب فيها معنى الجمع؛ لأنها تجمع الحروف إلى بعضها والكلمات إلى نظيراتها.
- **النَّظم بالخطِّ**، وهو تصوير اللفظ بحروف هجائه، ومنه قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ...﴾ [البقرة: ٢٨٢].

والمعنى هذا الأخير هو المقصود في هذا البحث.

---

(١) ينظر: محمود بن عمر الزمخشري ت٥٣٨هـ، أساس البلاغة، تحقيق: عبد الرحيم محمود (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت) ص:٣٨٦؛ والراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن ص:٤٢٥ ـ ٤٢٧؛ والحسين بن محمد الدامغاني، قاموس القرآن أو إصلاح الوجوه والنظائر في القرآن الكريم، تحقيق: عبد العزيز سيد الأهل (ط:٥؛ بيروت: دار العلم للملايين، ١٩٨٥م) ص:٣٩٩ ـ ٤٠٠؛ والرازي، مختار الصحاح ص:٣٥٨؛ وابن منظور، لسان العرب (١/٦٩٨)؛ والفيومي، المصباح المنير (٢/٥٢٤)، كلهم في مادة: «ك ت ب».

وعليه فإن معنى الكتابة في الاصطلاح: الخط الذي يعتمد عليه في توثيق الحقوق وما يتعلق بها، لإمكانية الرجوع إليه عند الإثبات. أو هي: الخط الذي يوثق الحقوق بالطريقة المعتادة التي تمكن من الرجوع إليها عند الحاجة[١].

ونظراً لشيوع استعمال مصطلح الكتابة لدى الفقهاء في مصنفاتهم بمعنى المكاتبة، والتي تعني تحرير وثيقة العِتق للعبد المملوك؛ فقد أضفنا كلمة «التوثيق» لنخلص إلى المعنى المقصود دون أدنى اشتباه.

قال في «المصباح المنير»[٢]: «وقول الفقهاء: (باب الكتابة) فيه تسامح؛ لأن (الكتابة) اسم للمكتوب، وقيل: (للمكاتبة) كتابةٌ تسميةٌ باسم المكتوب مجازاً واتساعاً؛ لأنه يُكتب في الغالب للعبد على مولاه كتاب بالعتق عند أداء النجوم، ثم كَثُرَ الاستعمال حتى قال الفقهاء: للمكاتبة كتابة وإن لم يُكتب شيءٌ...».

وعلى هذا، فالتوثيق بالكتابة للديون؛ يعني: التسجيل الحرفي للدَّين في صحيفة بهدف الحفاظ عليه من الضياع نتيجة للجحود أو النسيان[٣].

ألفاظ مرادفة للكتابة:

هذا، وإن الفقهاء المسلمين استعملوا عدّة ألفاظ لمعنى الكتابة، ومنها: الصَكُّ، الحُجَّةُ، الْمَحْضَرُ، السِّجِلُّ، والوثيقةُ.

* **الصَّك**: وهو في اللّغة الوثيقة التي تُكتب فيها المعاملات ونحوها[٤]. أما في الاصطلاح فهو الكتاب الذي يتضمَّن الإقرار الكتابي بوقوع العقد أو التصرّف الانفرادي[٥].

---

(١) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية (٢/ ٤١٧).

(٢) الفيومي، المصباح المنير (٢/ ٥٢٤).

(٣) د. صالح الهليل، توثيق الديون في الفقه الإسلامي ص: ٢٩٧.

(٤) الفيومي، المرجع السابق (١/ ٣٤٥)؛ ود. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط (١/ ٥٤٤)، مادة: «ص ك».

(٥) ينظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٣٦٩)؛ والتهانوي، كشاف =

* **الحجة**: هي في اللغة الدليل والبرهان[1]، كما تطلق على صك البيع، وعلى العالِم الثبت[2]. وفي الاصطلاح: هي الكتابة التي تبين الواقعة، وتتضمن علامة القاضي في أعلاها، وخط الشاهدين في أسفلها، وتُعطى للخصم[3].

* **المحضر**: يطلق المحضر في اللغة على المنهل، والذين يردون الماء ويقيمون عليه، والسجل، وصحيفة تُكتب في واقعة وفي آخرها خطوط الشهود بما تضمنه صدرها[4]. أما في الاصطلاح فالمحضر هو الكتاب الذي يتضمن الوقائع وكلام الخصوم وحججهم[5]، وسمي بذلك لما فيه من حضور الخصمين والشهود[6].

* **السِّجل**: هو في اللغة كتاب القاضي، والجمع سجلات، وأسجلتُ للرجل إسجالاً كتبتُ له كتاباً، وسجّل القاضي: قضى وحَكَمَ

= اصطلاحات الفنون (١/ ١٩٦)؛ ومصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد: المدخل الفقهي العام (ط:٩؛ دمشق: مطابع ألف باء ـ الأديب، ١٩٦٧م) ١/ ٣٢٧؛ ود. محمد الزحيلي، المرجع السابق (٢/ ٤١٧).

(١) الفيومي، المرجع السابق (١/ ١٢١)؛ والرازي، مختار الصحاح ص:٨٨، مادة: «ح ج ج».

(٢) د. إبراهيم أنيس وآخرون، المرجع السابق (١/ ١٧٨) مادة: «ح ج».

(٣) ينظر: الجرجاني، التعريفات ص:١١٢؛ وابن عابدين، المرجع السابق (٥/ ٣٦٩)؛ ود. محمد الزحيلي، المرجع السابق (٢/ ٤١٦).

(٤) الرازي، المرجع السابق ص:٩٨؛ ود. إبراهيم أنيس وآخرون، المرجع السابق (١/ ٢٠٣) مادة: «ح ض ر».

(٥) ينظر: الشربيني، مغني المحتاج (٤/ ٣٨٩)؛ وإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح ت٨٨٤هـ، المبدع شرح المقنع ج١٠ (ط:١؛ بيروت: المكتب الإسلامي، ١٣٩٤هـ) ص:١١٥؛ والبهوتي، كشاف القناع (٦/ ٣٦٧)؛ ود. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (٢/ ٤١٦).

(٦) البهوتي، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٥٤٢).

وأثبت حكمه في السجل[1]. وفي الاصطلاح نجد رأيين في تعريف السجل؛ حيث ذهب الحنفية[2] إلى أن السجل هو نفسه المحضر الذي يتضمن الوقائع، وكلام الخصوم وحججهم والجواب عنها، وحكم القاضي بها على وجه يرفع الخلاف[3]. في حين يرى الشافعية[4] أن السجل هو الكتاب الذي يتضمن حكم القاضي[5].

* **الوثيقة**: تطلق الوثيقة في اللغة على ما يُحكَمُ به الأمر، وفي الأمر إحكامه. يقال: أخذ بالوثيقة في أمره؛ أي: بالثقة، وأرض وثيقة: كثيرة العشب موثوق بها. والصك بالدَّين أو البراءة منه، والمستند وما جرى هذا المجرى[6]. أما في الاصطلاح فالوثيقة هي الحجّة والمحضر والسجل، وقد خصّها ابن عابدين (ت١٢٥٢هـ) [7] بما كتب في الواقعة وبقي عند القاضي، وليس عليها خطّه، والحجّة ما عليه علامة القاضي أعلاه، وخطّ الشاهد أسفله، وأُعطي للخصم[8].

---

(١) الفيومي، المصباح المنير (١/ ٢٦٧)؛ والرازي، مختار الصحاح ص:١٩١، مادة: «س ج ل».

(٢) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق (٤/ ١٨٤)؛ وابن نجيم، البحر الرائق (٧/ ٣)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٣٦٩، ٤٣٣).

(٣) التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون (١/ ١٩٥)؛ ود. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية (٢/ ٤١٧).

(٤) ينظر: النووي، روضة الطالبين (١١/ ١٤١)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٤/ ٣٨٩)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٨/ ٢٦٨).

(٥) ينظر: د. محمد الزحيلي، المرجع السابق (٢/ ٤١٧).

(٦) ينظر: عمر بن محمد النسفي ت٥٣٧هـ، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، ضبط وتعليق وتخريج: خالد عبد الرحمٰن العك (ط:٢؛ بيروت: دار النفائس، ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م) ص:٢٨٨؛ ود. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط (٢/ ١٠٥٤) مادة: «و ث ق».

(٧) ابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٣٦٩).

(٨) ينظر: د. محمد الزحيلي، المرجع السابق (٢/ ٤١٧).

* الفرع الثاني: حكم التوثيق الكتابي للديون

لقد حث الله تعالى المؤمنين على كتابة الديون؛ حيث خصَّ سبحانه هذه المعاملة بأطول آية قرآنية، قال عنها ابن العربي[(١)]: «هي آية عظمى في الأحكام، مبيِّنة جُملاً من الحلال والحرام، وهي أصلٌ في مسائل البيوع وكثير من الفروع»[(٢)].

ومع ذلك فإن كلمة الفقهاء لم تكن متفقة بشأن الحكم المستفاد من الآية الكريمة فيما يتعلق بكتابة الديون وتوثيقها؛ فقد اختلفوا بشأنها وتوزعوا إلى أقوال ثلاثة كما يلي:

القول الأول: يرى عدد من الفقهاء أن توثيق الديون بالكتابة واجب. وممن ذهب إلى هذا الرأي: الظاهرية[(٣)]، واختاره[(٤)] الطبري[(٥)]، وهو مروي عن عدد من الأئمة منهم[(٦)]: الضحاك[(٧)]،

---

(١) هو محمد بن عبد الله بن محمد المعافري، أبو بكر بن العربي، القاضي المالكي، من حفاظ الحديث وأعلام التفسير، ولد بإشبيلية عام ٤٦٨هـ، وتوفي قرب مدينة فاس سنة ٥٤٣هـ. (ابن فرحون، الديباج المذهب ٢/ ٢٣٣؛ والسيوطي، طبقات الحفاظ ص: ٤٦٨).

(٢) ابن العربي، أحكام القرآن (١/ ٢٤٧).

(٣) ابن حزم، المحلى (٨/ ٣٤٥).

(٤) الطبري، جامع البيان (٣/ ١٢٠).

(٥) هو محمد بن جرير بن يزيد الطبري، أبو جعفر، الإمام المفسر، والفقيه المؤرخ، أصله من آمل طبرستان حيث ولد بها عام ٢٢٤هـ، وتوفي ببغداد سنة ٣١٠هـ. من آثاره: جامع البيان في تفسير القرآن، اختلاف الفقهاء، وتاريخ الأمم والملوك. (ينظر: ابن العماد، شذرات الذهب ٢/ ٢٦٠؛ والسيوطي، طبقات الحفاظ ص: ٣١٠).

(٦) ينظر: الطبري، جامع البيان (٣/ ١١٧)؛ والجصاص، أحكام القرآن (١/ ٤٨١)؛ وابن حزم، المحلى (٨/ ٣٤٥ ـ ٣٤٦)؛ والرازي، التفسير الكبير (٧/ ١١٨)؛ والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٣٨٣).

(٧) هو الضحاك بن مزاحم الهلالي مولاهم، أبو محمد، وقيل: أبو القاسم، =

والنخعي[1]، وعطاء[2]، وابن جريج[3]، وسعيد بن جبير[4]، وجابر بن زيد[5].

القول الثاني: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[6]، والمالكية[7]،

= صاحب التفسير، كان من أوعية العلم، حدَّث عن أبي سعيد الخدري، وابن عمر وغيرهما، وحدث عنه كثيرون وحديثه في السنن، وثقه أحمد بن حنبل وابن معين وأبو زرعة، توفي سنة ١٠٥هـ وقيل غير ذلك. (الذهبي، تهذيب سير أعلام النبلاء ١/١٦٩؛ وابن حجر، تهذيب التهذيب ٤/٤٥٣).

(١) هو إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعي، اليماني، الكوفي، أبو عمران، الإمام الحافظ، فقيه العراق، مفتي الكوفة، توفي سنة ٩٥هـ. (إبراهيم بن علي الشيرازي ت٤٧٦هـ، طبقات الفقهاء، تحقيق: د. إحسان عباس. ط:٢؛ بيروت: دار الرائد العربي، ١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م، ص:٨٢؛ وابن العماد، شذرات الذهب ١/١١١).

(٢) هو عطاء بن أبي رباح، شيخ الإسلام، مفتي الحرم، أبو محمد، القرشي، المكي، مولى بني جُمح، تابعي كبير، ولد في خلافة عثمان ﵁، وحدث عن عدد كبير من الصحابة، توفي سنة ١١٥هـ. (ابن حجر، تهذيب التهذيب ٧/١٩٩؛ وابن العماد، شذرات الذهب ١/١٤٧).

(٣) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن جُريج الأموي مولاهم، المكي: ثقة فقيه فاضل، توفي سنة ١٥٠هـ. (ابن حجر، تقريب التهذيب ص:٣٠٤).

(٤) هو سعيد بن جبير بن هشام الأسدي الوالبي، مولاهم، أبو محمد، ويقال: عبد الله، الكوفي، الإمام الحافظ، والمقرئ المفسر، روى عن ابن عباس، وابن الزبير، وابن عمر وغيرهم، قتله الحجاج بن يوسف سنة ٩٥هـ. (ابن حجر، تهذيب التهذيب ٤/١١؛ وابن العماد، شذرات الذهب ١/١٠٨).

(٥) هو جابر بن زيد الأزدي، أبو الشعثاء، البصري، ثقة فقيه، توفي سنة ٩٣هـ. (ابن حجر، تقريب التهذيب ص:٧٥).

(٦) الجصاص، المرجع السابق (١/٤٨٢).

(٧) ينظر: ابن رشد الجد، المقدمات (٢/٣٦٢)؛ والقرطبي، المرجع السابق (٣/٣٨٣)؛ وأحمد بن يحيى الونشريسي ت٩١٤هـ، المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق، تحقيق: لطيفة الحسني (لا. ط؛ =

والشافعية[1]، والحنابلة[2] إلى أن كتابة الديون مستحبة مرغوب فيها وليست واجبة.

القول الثالث: اختار بعض الفقهاء القول بإباحة كتابة الديون، على أساس أنها كانت واجبة بقوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ثم نسخ الوجوب بقوله: ﴿فَإِنۡ أَمِنَ بَعۡضُكُم بَعۡضٗا فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فعاد الحكم إلى أصله وهو إباحة.

وممن يروى عنهم القول بهذا المذهب: أبو سعيد الخدري[3] (ت٧٤هـ)[4] رضي الله عنه، والحسن البصري[5] (ت١١٠هـ)[6]،

= المغرب: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م) ص: ١٩٩.

(١) ينظر: محمد بن إدريس الشافعي ت٢٠٤هـ، أحكام القرآن، جمع: أحمد بن الحسين البيهقي ت٤٥٨هـ، تحقيق: عبد الغني عبد الخالق (ط: ١؛ بيروت: دار إحياء العلوم، ١٤١٠هـ ـ ١٩٩٠م) ص: ١٥١؛ والأم، (ط: ٢؛ بيروت: دار المعرفة، ١٣٩٣هـ) ٣/ ٨٨، ٨٩، ٩٠، ١٣٨؛ والكيا الهراسي، أحكام القرآن (٢/ ٢٣٨).

(٢) ابن قدامة، المغني (٦/ ٤٤٤).

(٣) هو سعد بن مالك بن سنان بن عبيد الأنصاري، أبو سعيد الخدري، له ولأبيه صحبة، واستُصغر بأُحد، ثم شهد ما بعدها، وروى الكثيرمن الأحاديث كما في الصحاح والسنن. (ابن حجر، تقريب التهذيب ص: ١٧٢).

(٤) ينظر: ابن ماجه، السنن، كتاب الأحكام، باب الإشهاد على الديون (٢/ ٧٩٢)؛ والبيهقي، السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب الأمر بالإشهاد (١٠/ ١٤٥).

(٥) هو الحسن بن أبي الحسن يسار البصري، أبو سعيد: من أجلاء كبار التابعين وعلمائهم في التفسير والحديث والفقه والمواعظ (السيوطي، طبقات الحفاظ ص: ٣٥).

(٦) ينظر: الجصاص، المرجع السابق (١/ ٤٨١)؛ وابن حزم، المرجع السابق (٨/ ٣٤٦)؛ والبيهقي، السابق (١٠/ ١٤٥).

وعامر الشعبي[1] (ت١٠٣هـ)[2].

الأدلة:

أ ـ أدلة القول الأول:

استدل القائلون بوجوب كتابة الديون بقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله تعالى أمر بكتابة الدَّين أمراً مؤكداً لا يحتمل التأويل، فلا يجوز صرف الأمر عن ظاهره دون قرينة[3].

قالوا: ومما يؤيد دلالة هذا الأمر على الوجوب اهتمام الآية ببيان من له حق الإملاء، وصفة الكاتب، وحثّه على الاستجابة إذا طلب منه ذلك، والحث على كتابة القليل والكثير، ثم التعبير عن عدم وجوب الكتابة في المبادلات الناجزة بنفي الجناح في قوله: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةٗ تُدِيرُونَهَا بَيۡنَكُمۡ فَلَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَلَّا تَكۡتُبُوهَاۗ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فإنه يشعر بلوم من ترك الكتابة عند تعامله بالدين. كما تتابعت الأوامر في الآية وتأكدت حتى في حال السفه والضعف والعجز، فقد أُمِرَ وَلِيُّ مَنْ عَلَيْهِ الحقُّ من هؤلاء بأن يملي عنه للكاتب، ولم يعفهم من الكتابة، ومثل هذا التأكيد لا يكون في غير الواجب، ويؤيده التعليل بكون ذلك أقسط عند الله تعالى.

قال ابن جرير الطبري (ت٣١٠هـ): «والصواب من القول في ذلك عندنا أن الله ﷻ أمر المتداينين إلى أجل مسمى باكتتاب كُتب الدَّين

---

(١) هو عامر بن شراحيل الشعبي، الحميري، أبو عمرو، محدّث، راوية، فقيه، ولد بالكوفة عام ١٩هـ، تولى قضاء الكوفة (ابن حجر، تهذيب التهذيب ٥/ ٦٥).

(٢) ينظر: الطبري، المرجع السابق (٣/ ١١٨)؛ والجصاص، المرجع السابق (١/ ٤٨١).

(٣) ابن حزم، المحلى (٨/ ٣٤٥).

بينهم، وأمر الكاتب أن يكتب ذلك بينهم بالعدل، وأمر الله فرض لازم إلا أن تقوم حجة بأنه إرشاد وندب، ولا دلالة تدل على أن أمره جلّ ثناؤه باكتتاب الكتب في ذلك وأن تقدمه إلى الكاتب أن لا يأبى كتابة ذلك ندب وإرشاد؛ فذلك فرض عليهم، ولا يسعهم تضييعه، ومن ضيَّعه منهم كان حرجاً بتضييعه»(١).

وقال ابن حزم الظاهري(٢): «... فهذه أوامر مغلظة مؤكدة لا تحتمل تأويلاً، أمر بالكتاب في المداينة إلى أجل مسمى وبالإشهاد في ذلك في التجارة المدارة...»، وأضاف قائلاً: «... ثم أكّد تعالى أشد تأكيد ونهانا أن نسأم كتاب ما أمرنا بكتابه صغيراً كان أو كبيراً، وأخبر تعالى أن ذلك أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى من أن نرتاب، وأسقط الجناح في ترك الكتاب خاصة دون الإشهاد في التجارة المدارة، ولم يسقط الجناح في ترك الكتاب فيما كان دَيْناً إلى أجل مسمى...»(٣).

ب ـ أدلة القول الثاني:

استند الجمهور في القول باستحباب كتابة الديون وعدم وجوبها إلى أدلة من الكتاب والسُّنَّة والمعقول.

- **أولاً: من الكتاب:**

ـ قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ...﴾ [البقرة: ٢٨٢].

---

(١) الطبري، جامع البيان (٣/ ١٢٠).
(٢) هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، القرطبي، أبو محمد، الفقيه الظاهري، والأصولي المحدث، والمشارك في كثير من العلوم، ولد بقرطبة عام ٣٨٤هـ، وتوفي سنة ٤٥٦هـ. من آثاره: الإحكام في أصول الأحكام، المحلى، والفصل في الملل. (ابن العماد، شذرات الذهب ٣/ ٢٩٩).
(٣) ابن حزم، المحلى (٨/ ٣٤٥).

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن المولى ﷻ وجّه أمره للمؤمنين لكتابة الديون والإشهاد عليها، وأخذ الرهن بها، والأمر يدل على الوجوب إذا لم يوجد ما يصرفه إلى الندب، ولقد تأكّد وجود عدة قرائن كلها تفيد صرف الأمر الوارد في الآية الكريمة من الوجوب إلى الندب. وهي:

١ ـ إن الله تعالى أمر بالكتابة والإشهاد، ثم بأخذ الرهن إذا لم يوجد الكاتب بدلاً من الإشهاد، ثم أباح ترك الرهن وقال: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وبناء عليه؛ فإنه لما تقرّر جواز ترك الرّهن الذي هو بدل من الشهادة والكتابة، جاز تركهما. وهذا يدل على أن الأمر السابق يفيد الندب لا الوجوب(١).

قال الشافعي (ت٢٠٤هـ): «... أُمروا بالكتاب والرهن احتياطاً لمالك الحق بالوثيقة، والمملوك عليه بأن لا ينسى ويذكرَ، لا أنه فرضٌ عليهم أن يكتبوا، أو يأخذوا رهناً؛ لقول الله ﷻ: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ﴾»(٢).

٢ ـ قال الله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰا۟ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَٰنُ مِنَ ٱلْمَسِّ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوٓا۟ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰا۟ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟ فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُو۟لَٰٓئِكَ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ ﴿٢٧٥﴾﴾ [البقرة: ٢٧٥].

---

(١) ينظر: الجصاص، أحكام القرآن (١/ ٤٨٢)؛ والبيهقي، السنن الكبرى (١٠/ ١٤٥)؛ والكيا الهراسي، أحكام القرآن (١/ ٢٣٨)؛ ومحمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن ج١ (لا. ط؛ بيروت: عالم الكتب، د.ت) ص: ٢٦٠.

(٢) الشافعي، أحكام القرآن ص: ١٥١.

فالآية الكريمة أباحت البيع على الإطلاق[1]، ولم تتضمن أمراً بالتوثيق؛ مما يدل على عدم وجوبه[2]. ولا يخفى أن أحد العوضين في عقد البيع قد يكون مؤجلا دَيْناً ثابتاً في الذّمة.

٣ ـ إن لصاحب الدَّين أن يتنازل عنه ويسقطه عن المدين؛ فله بالأولى أن يترك توثيقه بالكتابة، ولو كانت الكتابة واجبة لما أمكنه ذلك[3].

• ثانياً: من السُّنَّة:

جاءت في السُّنَّة المطهرة نصوص نبوية كثيرة تفيد أن النبي ﷺ لم يوثِّق بالكتابة في معاملاته المالية؛ مما يدعِّم القرائن التي تصرف الأمر الوارد في آية المداينة ﴿فَاكْتُبُوهُ﴾ عن الوجوب إلى الندب؛ إذ لو كان التوثيق الكتابي واجباً لما تركه ﷺ. ومن تلك الأحاديث:

١ ـ حديث طارق بن عبد الله المحاربي رضي الله عنه قال: «أقبلنا في ركب من الرَّبْذَةِ[4] حتى نزلنا قريباً من المدينة ومعنا ظَعِينَةٌ[5] لنا، فبينا نحن قعودٌ إذ أتانا رجلٌ عليه ثوبان أبيضان فسلَّم فرددنا عليه، فقال: من أين أقبل القوم؟ فقلنا: من الرَّبْذَةِ وجنوب الرَّبْذَةِ. قال: ومعنا جملٌ أحمرٌ؛

---

(١) مكي بن أبي طالب القيسي ت٤٣٧هـ، الإيضاح لناسخ القرآن ومنسوخه، تحقيق: د. أحمد حسن فرحات (ط:١؛ الرياض: مطابع الرياض الحديثة، ١٣٩٦هـ ـ ١٩٧٦م) ص:١٦٥.

(٢) د. صالح الهليل، توثيق الديون في الفقه الإسلامي ص:٤٠.

(٣) الشنقيطي، أضواء البيان (١/ ٢٦٠).

(٤) الرَّبْذَةِ: قرية من قرى المدينة، وهي قريبة من ذات عرق على طريق الحجاز. (ينظر: ياقوت بن عبد الله الحموي ت٦٢٦هـ، معجم البلدان. لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، ٣/ ٢٤).

(٥) ظعِينَةٌ: الهودج كانت فيه امرأة أو لم تكن، وتطلق أيضاً على المرأة ما دامت في الهودج فإذا لم تكن فيه فليست بظعينة. (محمد الرازي، مختار الصحاح ص:٢٦٣، مادة: ظ ع ن).

فقال: تبيعوني جملكم، قلنا: نعم. قال: بكم؟ قلنا: بكذا وكذا صاعاً من تمر، قال: فما استوضعنا شيئاً وقال: قد أخذته، ثم أخذ برأس الجمل حتى دخل المدينة فتوارى عنّا، فتلاومنا بيننا وقلنا: أعطيتم جملكم من لا تعرفونه، فقالت الضعينةُ: لا تلاوموا فقد رأيت وجه رجل ما كان ليحقركم، ما رأيت وجه رجل أشبه بالقمر ليلة البدر من وجهه. فلما كان العِشاء أتانا رجل فقال: السلام عليكم أنا رسول رسول الله ﷺ إليكم، وإنه أمركم أن تأكلوا من هذا حتى تشبعوا، وتكتالوا حتى تستوفوا، قال: فأكلنا حتى شبعنا واكتلنا حتى استوفينا»[1].

وقد دلّ هذا الحديث على أن النبي ﷺ اشترى ولم يكتب، ولو كانت الكتابة واجبة لما تركها ﷺ؛ فلما ثبت تركه لها مع وجود الأمر القرآني بها، دلّ ذلك على أن الأمر للندب لا الوجوب[2].

٢ ـ حديث عِمارة بن خُزَيْمَةَ[3] أنَّ عَمَّه حدَّثه، وهو من أصحاب النبي ﷺ أن النبي ﷺ ابتاع فَرَساً من أعرابيٍّ فاستتبعه النبيُّ ﷺ ليقضيه ثمن فرسه، فأسرع رسول الله ﷺ المشي وأبطأ الأعرابيُّ فَطَفِقَ[4] رجالٌ

---

(١) أخرجه: الدارقطني، سنن الدارقطني (٣/ ٤٤ ـ ٤٥)؛ البيهقي، السنن الكبرى، باب السلف في الشيء ليس في أيدي الناس (٦/ ٢٠)؛ وابن حبان، صحيح ابن حبان (١٤/ ٥١٨)؛ والطبراني، المعجم الكبير (٨/ ٣١٤)؛ والحاكم، المستدرك على الصحيحين (٢/ ٦٦٨) وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه»؛ وعلي بن أبي بكر الهيثمي ت٨٠٧هـ، موارد الظمآن، تحقيق: محمد عبد الرزاق حمزة (لا. ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت) ص: ٤٠٦.

(٢) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٤٠٤ ـ ٤٠٥).

(٣) هو عمارة بن خزيمة بن ثابت الأنصاري الأوسي، أبو عبد الله أو أبو محمد، المدني: ثقة. مات سنة ١٠٥هـ. (ابن حجر، تقريب التهذيب ص: ٣٤٧).

(٤) طفق: يفعل الشيء، وجعل أو استمر يفعله، قال تعالى: ﴿وَطَفِقَا يَخْصِفَانِ عَلَيْهِمَا مِن وَرَقِ الْجَنَّةِ﴾ (د. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط: ٢/ ٥٨٦ مادة: ط ف ق).

يعترضون الأعرابيَّ فيساومونه بالفَرَسِ ولا يشعرون أن النبيَّ ﷺ ابتاعه، فنادى الأعرابيُّ رسول الله ﷺ فقال: إِنْ كُنْتَ مُبْتَاعاً هذا الفَرَسَ وإِلَّا بعْتُهُ، فقال النبيُّ ﷺ حين سمع نداء الأعرابي: «**أَوَ لَيْسَ قد ابْتَعْتُهُ منك؟**»، فقال الأعرابيُّ: لا، والله ما بعْتُكَهُ، فقال النبيُّ ﷺ: «**بل قد ابْتَعْتُهُ منك**»، فَطَفِقَ الأعرابيُّ يقول: هَلُمَّ شهيداً، فقال خُزيمة بن ثابت[1]: أَنَا أَشْهَدُ أَنَّكَ قَدْ بَايَعْتَهُ، فأقبل النبيُّ ﷺ على خزيمة فقال: **بِمَ تَشْهدُ؟** فقال: بتصديقك يا رسول الله، فجعل رسول الله ﷺ شهادةَ خزيمةَ بشهادة رَجُلين[2].

ودلَّ هذا الحديث ـ أيضاً ـ من خلال ترك النبي ﷺ كتابة البيع مع وجود الأمر القرآني بها على أن الأمر الوارد في الآية يفيد الندب لا الوجوب[3].

• **ثالثاً: من المعقول:**

إن القول بوجوب كتابة الديون فيه من الحرج والمشقة والتشديد الذي لا يتفق وروح الشريعة التي قامت على اليسر ورفع الحرج ومراعاة التسهيل على الناس[4]. قال الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

---

(١) هو خزيمة بن ثابت بن الفاكه بن ثعلبة الأنصاري الأوسي، أبو عمارة المدني، ذو الشهادتين: من كبار الصحابة، شهد بدراً، وقتل في واقعة صفين وكان فيها مع الإمام علي سنة ٣٧هـ (ابن حجر، المرجع السابق ص:١٣٣).

(٢) أخرجه: أبو داود، السنن، كتاب البيوع، باب إذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد يجوز له أن يحكم به (٣/٣٠٨)؛ والنسائي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب التسهيل في ترك الإشهاد على البيع (٤/٤٨)؛ والبيهقي، السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب الأمر بالإشهاد (١٠/ ١٤٥ ـ ١٤٦)؛ والحاكم، المستدرك على الصحيحين (٢/ ١٧ ـ ١٨) وقال عنه بأنه حديث صحيح الإسناد ورجاله باتفاق الشيخين ثقات ولم يخرجاه، وعمارة بن خزيمة سمع هذا الحديث من أبيه أيضاً، ووافق الذهبي تصحيح الحاكم.

(٣) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٤٣ ـ ٤٤.

(٤) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/٤٠٣)؛ وابن قدامة، المغني =

جـ - أدلة القول الثالث:

استند القائلون بإباحة كتابة الديون بقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣] اعتماداً على القول بالنسخ؛ فقد رُوي أنَّ أبا سعيدٍ الخُدريَّ ﷺ قرأ الآية: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [إلى لقوله تعالىٰ] ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ...﴾ فقال: «هذه نَسَخَتْ ما قبلها»(١).

وعلى هذا فإنه متى حصل الائتمان بين المتعاملين فإنه يقتضي الوفاء بالالتزام وعدم الخيانة، وعليه فالأمر بالكتابة والإشهاد وأخذ الرّهن كل ذلك منسوخ بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ﴾.

وبناء عليه فالمسألة تبقى على الإباحة الأصلية، ويظل التوثيق الكتابي وغيره من باب المباح الذي يرجع إلى حرية المتعاقدين(٢).

• مناقشة الأدلة والترجيح:

أولاً: مناقشة أدلة القول الأول:

نوقش تمسك أصحاب القول الأول بإفادة الأمر الوارد في الآية الكريمة ﴿فَٱكْتُبُوهُ﴾ للوجوب وهو الأصل، بأن الأمر يفيد الوجوب

= (٦/ ٣٨٢)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٤٨.

(١) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب الأمر بالإشهاد (١٠/ ١٤٥)، وابن ماجه، السنن، كتاب الأحكام، باب الإشهاد على الديون (٢/ ٧٩٢).

(٢) ينظر: الطبري، جامع البيان (٣/ ١١٨ ـ ١١٩)؛ والجصاص، أحكام القرآن (١/ ٤٨١)؛ وابن حزم، المحلى (٨/ ٣٤٦)؛ وابن كثير، تفسير القرآن العظيم (١/ ٥٩٤)؛ والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٣٨٣)؛ والهراسي، أحكام القرآن (١/ ٢٣٨).

فعلاً إذا لم يصرف عنه بدليل آخر، وقد وُجدت القرينة التي تقتضي صرف الأمر السابق من الوجوب إلى الندب، وهي توفُّر الائتمان من خلال قول الله سبحانه: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣][(١)].

ولقد أوضح الكيا الهراسي[(٢)] هذا الأمر فقال: «... الأمر بالإشهاد ندب لا واجب، والذي يزيده وضوحاً أنه قال: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا﴾، ومعلوم أن هذا الأمن لا يقع إلا بحسب الظن والتوهّم، لا على وجه الحقيقة، وذلك يدل على أن الشهادة إنما أمر بها لطمأنينة قلبه لا لحق الشرع، فإنها لو كانت لحق الشرع ما قال: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا﴾، ولا ثقة بأمن العباد، الاعتماد على ما يراه الشرع مصلحة؛ فالشهادة متى شُرعت في النكاح، لم تسقط بتراضيهما وأمن بعضهم بعضاً، فدلّ ذلك أن الشهادة شرعت للطمأنينة، وأن الله تعالى جعل لتوثيق الديون طرقاً؛ منها الكتاب، ومنها الرهن، ومنها الإشهاد، ولا خلاف بين علماء الأمصار أن الرهن مشروع بطريق الندب لا بطريق الوجوب، فيعلم من ذلك مثله في الإشهاد»[(٣)].

ثانياً: مناقشة أدلة القول الثاني:

وجّه القائلون بوجوب التوثيق الكتابي للديون عدّة انتقادات واعتراضات لما احتج به القائلون بالندب. ويمكن عرض تلك الانتقادات فيما يلي:

---

(١) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٤٩.

(٢) هو علي بن محمد بن علي الطبري، المعروف بالكيا الهراسي (كلمة أعجمية تعني: الكبير القدر بين الناس)، عماد الدين أبو الحسن، شيخ الشافعية في بغداد، ولد بخراسان عام ٤٥٠هـ، وتفقه على إمام الحرمين الجويني وغيره، وتولى التدريس بالمدرسة النظامية ببغداد التي توفي بها سنة ٥٠٤هـ. (ابن العماد، شذرات الذهب ٤/٨ ـ ٩).

(٣) الكيا الهراسي، أحكام القرآن (١/٢٣٨).

١ ـ إن الأمر الوارد في آية المداينة ﴿فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ يفيد الوجوب قطعاً. أما قوله تعالى: ﴿فَإِنۡ أَمِنَ بَعۡضُكُم بَعۡضٗا فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥۗ﴾، فإنه أمرٌ مردودٌ على ما يتصل به من الرهن، ولا يجوز أن يُحمل على وجوب الأمر بالكتابة والإشهاد(١).

كما أنه يمكن القول بأن قوله تعالى: ﴿فَإِنۡ أَمِنَ بَعۡضُكُم بَعۡضٗا فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ محمول على حال الضرورة؛ كالأوقات التي لا يوجد فيها كاتب ولا شهود، فإذا احتاج امرؤ إلى اقتراض من أخيه في مثل هذه الحال، فإن الله تعالى لا يحرم عليه قضاء حاجته، وسدّ خلّته إذا هو ائتمنه(٢).

٢ ـ إن الاستناد إلى حديث عمارة بن خزيمة لا يقوى على إثبات ما ذهبوا إليه من عدَّة وجوه:

أ ـ الخبر المروي لا يصح؛ لأنه راجع إلى عمارة بن خزيمة وهو مجهول(٣).

ب ـ لو فرضنا أن الخبر صحيح، فلا حُجَّة فيه على ما مطلوبهم؛ ذلك أن الخبر ليس فيه ما يدلُّ على أن الأمر تأخر مقدار مدَّةٍ يُمكن فيها التوثيق ولم يوثق ﷺ؛ وإنما الوارد في الخبر أن رسول الله ﷺ ابتاع الفرس من الرجل ثم استتبعه ليوفّيه الثمن، فأسرع ﷺ وأبطأ الأعرابي. ومعلوم أن البيع لا يتم إلا بالتفرق بالأبدان؛ ففارقه النبي ﷺ ليتمّ البيع وإلا فلم يكن ليتمّ بعد، وإنما يجب التوثيق بعد تمام البيع وصحته لا قبل ذلك(٤).

---

(١) ابن حزم، المحلى (٨/ ٣٤٧).

(٢) محمد رشيد رضا ت١٣٥٤هـ، تفسير المنار (ط:٢؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت) ٣/ ١٣٤.

(٣) ابن حزم، المحلى (٨/ ٣٤٨).

(٤) المرجع نفسه.

جـ ـ لو فرضنا ـ أيضاً ـ أن الخبر صحيح، وأن النبي ﷺ ترك التوثيق مع القدرة عليه، فليس في الخبر ما يدل على أن ذلك كان بعد نزول آية المداينة الآمرة بالكتابة. وعليه فإن وجوب التوثيق ثابت بنزول الآية لا قبل نزولها[1].

٣ ـ إن حديث طارق المحاربي، وغيره من الآثار المروية عن رسول الله ﷺ، والمتضمنة أنه تعامل بالبيع دون ذكر التوثيق، كلّها لا تفيد أن الرسول ﷺ في تعامله لم يوثِّق ولا أنّه وثّق. وإننا نجد في تلك الروايات وغيرها إغفال لذكر الثمن، فهل يلزم منه جواز البيع بغير ذكر الثمن نظراً لأنه مسكوت عنه مثلما تمّ السكوت عن التوثيق؟!، «وليس ترك ذكر جميع الأحكام في كثير من الأخبار بمسقط لها...»[2].

ثم إن كان السكوت عن ذكر التوثيق في تلك الأخبار يدلّ على سقوط وجوبه؛ فهو يدلّ أيضاً على سقوط اختياره؛ لأنه ﷺ لا يترك الأفضل في جميع أعماله للأدنى[3].

٤ ـ أما استدلالهم من المعقول بأن في إيجاب كتابة الدَّين ضيقاً ومشقّة وحرجاً، فالظاهر أن الضيق والحرج في بادئ الرأي هو عين اليسر والسعة والسهولة في حقيقة الأمر؛ ذلك أن التعامل غير الموثَّق تترتب عليه مفاسد كثيرة، منها ما يكون عن قصد إن كان أحد المتداينين ضعيف الأمانة فيدعي بعد طول الزمن خلاف الواقع، ومنها ما يكون عن خطأ ونسيان، فإذا ارتاب المتعاملان واختلفا، ولم يكن بينهما ما يمكن الرجوع إليه في إزالة الريبة ورفع الخلاف من وثيقة أو شهادة ونحو ذلك؛ فإن كلّاً من المتعاملين يسيء الظن بالآخر، ولا يرجع عن اعتقاده

(١) المرجع السابق.
(٢) المرجع نفسه (٨/ ٣٤٩).
(٣) المرجع نفسه.

إلى قول خصمه، وربما بالغ في الخصومة والعداء مما يثير بينهما أشدّ المنازعات والشرور، وما يترتب على ذلك من العسر والحرج الشديد، وقد يؤدي إلى ارتكاب محرمات كثيرة[1].

ثم إن المولى ﷻ أراد من الأمة قطع أسباب النزاع والفوضى، فأوجب عليهم التوثّق في الحالات التي قد تترتب عنها مشاحنة؛ لئلا يتساهلوا ابتداء ثم يفضوا إلى المنازعة في العاقبة. كما أن في القول بالوجوب نفياً للحرج عن الدائن الذي يطلب من مدينه كتابة الدَّين، حتى لا يعتبر المدين هذا الطلب مُشعِر بسوء الظن به[2].

ثالثاً: مناقشة أدلة القول الثالث:

اعترض أصحاب القول الأول والثاني على ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث من القول بالإباحة في كتابة الديون استناداً إلى القول بالنسخ في آية المداينة: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾؛ ذلك أن القول بالنسخ المذكور غير مسلّم به من وجوه أهمها:

١ ـ روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه قال ـ لما قيل له عن آية الدَّين أنها منسوخة ـ: «لا والله إنَّ آيةَ الدَّين مُحْكَمَةٌ لَيْسَ فيها نَسْخٌ»[3].

٢ ـ إن قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ لم يتبين تأخر نزولها عن صدر الآية المشتملة على الأمر بالكتابة والإشهاد بل وَرَدَا معاً، ولا يجوز أنْ يَرِدَ الناسخُ والمنسوخُ معاً جميعاً

---

(١) محمد رشيد رضا، تفسير المنار (٣/ ١٣٤).

(٢) محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير (لا.ط؛ تونس: الدار التونسية للنشر، ١٩٧٣م) ٣/ ١٠٠.

(٣) الجصاص، أحكام القرآن (١/ ٤٨١)؛ والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٤٠٤).

في حالةٍ واحدةٍ[1].

٣ ـ إنَّ دعوى النسخ جملةً لا يمكن قبولها إلا ببرهان متيقَّن «لأنَّ كلام الله تعالى إنما وَرَدَ ليُؤتمر له ويُطاع بالعمل به لا لتركه، والنسخ يوجب التَّرك، فلا يجوز لأحد أن يقول في شيء أَمَرَهُ الله تعالى به هذا لا تلزمني طاعته إلا بنصٍّ آخر عن الله ﷻ، أو عن رسوله ﷺ بأنه قد نسخ، وإلَّا فالقول بذلك لا يجوز»[2].

٤ ـ إن النسخ لا يكون إلا إذا تعذّر اجتماع الحكمين، وكان تاريخ النزول معلوماً في الحالين، وآية المداينة ليست من هذا القبيل؛ لأن المولى ﷻ إنما أذن في ترك الكتابة عند وجود عذر؛ كأن لم يوجد كاتب أو وسيلة الكتابة؛ فأما مع وجودهما فالفرض إذا كان الدَّين إلى أجل مسمى ما أمر الله تعالى به من الكتابة والإشهاد[3].

رابعاً: الردود على الاعتراضات:

ردّ الجمهور على الاعتراضات التي وجهها القائلون بوجوب التوثيق الكتابي للديون، وبيانها كالآتي:

١ ـ إن القول بأن الأمر بالكتابة في آية المداينة يفيد الوجوب، وأن استثناء حالة توفر الائتمان إنما هو مردودٌ على ما يتصل به من الرهن، ولا يُحمل على وجوب الأمر بالكتابة والإشهاد؛ كل ذلك غير مسلَّم به.

والذي عليه جمهور الفقهاء أن الاستثناء يرجع إلى الجمل المعطوفة ولا يختص بالأخيرة؛ ذلك أن بلاغة القول تقتضي تجنب تكرار الاستثناء عقب كل جملة فيما لو أراد المتحدث إرجاعه إلى الجميع، كما أن

---

(١) الكيا الهراسي، أحكام القرآن (١/ ٢٣٨).

(٢) ابن حزم، المحلى (٨/ ٣٤٦).

(٣) الطبري، جامع البيان (٣/ ١٢٠).

الجمل المعطوفة بعضها على بعض هي بمنزلة الجملة الواحدة[1]. قال الشافعي (ت٢٠٤هـ): «... والاستثناء في سياق الكلام على أول الكلام وآخره، في جميع ما يذهب إليه أهل الفقه، إلا أن يفرق بين ذلك خبر...»[2].

٢ ـ كما يظهر لي عدم وجاهة الجنوح إلى القول بأن ما ورد في الآية الكريمة: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ محمول على حال الضرورة؛ فالنصُّ صريحٌ ﴿فَإِنْ أَمِنَ﴾، ولم يرد «فإن اضطررتم»، وفرقٌ كبيرٌ بين معنى حصول الائتمان وبين الاضطرار؛ ومن ثمّ فحمل المعنى على حال الضرورة لا وجه له.

٣ ـ إن القول بأن الحديث غير صحيح لوجود راوٍ مجهول في سنده وهو عمارة بن خزيمة غير مسلّم به من عدّة وجوه:

(١) ينظر في هذه المسألة: إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ت٤٧٦هـ، التبصرة في أصول الفقه، تحقيق: د. محمد حسن هيتو (ط:١؛ دمشق: دار الفكر، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م) ص:١٧٢ وما بعدها؛ وعبد الله بن أحمد بن قدامة ت٦٢٠هـ، روضة الناظر وجنة المناظر، تحقيق: د. عبد العزيز بن عبد الرحمٰن السعيد (ط:٢؛ الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود، ١٣٩٩هـ) ص:٢٥٦ وما بعدها؛ وعلي بن محمد الآمدي ت٦٣١هـ، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: السيد الجميلي (ط:١؛ بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م) ص:٣٢٣ وما بعدها؛ ومحمود بن أحمد الزنجاني ت٦٥٦هـ، تخريج الفروع على الأصول، تحقيق: د. محمد أديب صالح (ط:٥؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م) ٢/ ٣٧٩ وما بعدها؛ ومحمد بن نظام الدين الأنصاري، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ـ مطبوع مع المستصفى للغزالي، مرجع سابق (١/ ٣٣٣ وما بعدها)؛ ود. مصطفى الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء (ط:٢؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م) ص:٢٣٥ وما بعدها.

(٢) الشافعي، الأم (٧/ ٤٥).

أ ـ الحديث المذكور صحّحه الحاكم النيسابوري[1]، وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد، ورجاله باتفاق الشيخين ثقات ولم يخرِّجاه»، ووافق الذهبي[2] على هذا التصحيح[3].

ب ـ أما القول بأن عمارة بن خزيمة مجهول، فإن كان القصد بالجهالة جهالة النّسب؛ فهو عمارة بن خزيمة بن ثابت الأنصاري، أبو عبد الله، ويقال: أبو محمد المدني، وكانت وفاته سنة (١٠٥هـ)[4].

أما إن قُصد بالجهالة التعديل أو الجرح فالأمر ـ أيضاً ـ غاية في الوضوح؛ فقد قال أحمد بن حنبل (ت٢٤١هـ): «عمارة بن خزيمة بن ثابت الأنصاري مشهور»[5]، وقال العجلي[6]: «عمارة بن خزيمة بن

(١) هو محمد بن عبد الله النيسابوري، أبو عبد الله الحاكم، إمام عصره في الحديث، صاحب المستدرك على الصحيحين، ولد عام ٣٢١هـ، وتوفي سنة ٤٠٥هـ (السيوطي، طبقات الحفاظ ص: ٤١٠).

(٢) هو محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، التركماني الأصل، ثم الدمشقي، أبو عبد الله، شمس الدين، الإمام الحافظ، مؤرخ الإسلام، ولد بدمشق عام ٦٧٣هـ، وتوفي بها سنة ٧٤٨هـ. من آثاره: تاريخ الإسلام، ميزان الاعتدال، طبقات الحفاظ، سير أعلام النبلاء (ابن شاكر الكتبي، فوات الوفيات ٢/ ١٨٣؛ وابن العماد، شذرات الذهب ٦/ ١٥٣؛ وابن هداية الله، طبقات الشافعية ص: ٩٠).

(٣) الحاكم، المستدرك على الصحيحين (٣/ ١٢٠).

(٤) ينظر: محمد بن أحمد الذهبي ت٧٤٨هـ، الكاشف، تحقيق: محمد عوامة، (ط:١؛ جدة: دار القبلة الإسلامية، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٢م) ٢/ ٥٣، وابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب (٧/ ٣٦٤).

(٥) أحمد بن حنبل، العلل ومعرفة الرجال، تحقيق: وصي بن محمد عباس (ط:١؛ بيروت: المكتب الإسلامي، والرياض: دار الخاني، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م) ٣/ ١١٢.

(٦) هو أحمد بن عبد الله بن صالح العجلي، الكوفي، نزيل طرابلس الغرب، أبو الحسن، محدث مؤرخ، ولد عام ١٨١هـ، وتوفي سنة ٢٦١هـ. من آثاره: =

ثابت مدني تابعي ثقة»[1]، وقال عنه النسائي[2]: «ثقة»[3]، وذكره ابن حبّان[4] في «الثِّقات»[5]، وقال ابن سعد[6]: «وكان ثقة قليل الحديث»[7]، وقال ابن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ): «وغفل ابن حزم في المحلى قال: إنه مجهول لا يدري من هو»[8].

٤ ـ أما القول بأن التوثيق إنما يكون بعد تمام البيع وثبوت صحته

= التاريخ، والجرح والتعديل، ومعرفة الثقات. (ابن العماد، شذرات الذهب ٢/ ١٤١؛ كحالة، معجم المؤلفين ١/ ١٨٣).

(١) أحمد بن عبد الله العجلي ت٢٦١هـ، معرفة الثقات، تحقيق: عبد العليم عبد العظيم البسوي (ط: ١؛ المدينة المنورة: مكتبة الدار، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م) ٢/ ١٦٢.

(٢) هو أحمد بن شعيب بن علي بن سنان الخراساني النسائي، أبو عبد الرحمٰن، الإمام الحافظ صاحب السنن، توفي سنة ٣٠٣هـ. (السيوطي، طبقات الحفاظ ص: ٣٠٦).

(٣) ينظر: ابن حجر، تهذيب التهذيب (٧/ ٣٦٤).

(٤) هو محمد بن حبان بن أحمد التميمي البستي، الشافعي، أبو حاتم، محدث، حافظ، مؤرخ، فقيه لغوي، ولد عام ٢٧٠هـ بست من بلاد سجستان، تولى قضاء سمرقند، توفي سنة ٣٥٤هـ. من آثاره: الثقات، معرفة القبلة، المسند الصحيح. (الذهبي، تذكرة الحفاظ ٣/ ١٢٥؛ وابن العماد، شذرات الذهب ٣/ ١٦).

(٥) ابن حبان، الثقات، تحقيق: السيد شرف الدين أحمد (ط: ١؛ بيروت: دار الفكر، ١٣٩٥هـ ـ ١٩٧٥م) ٧/ ٤٣٦.

(٦) هو محمد بن سعد بن منيع الزهري مولاهم، البصري، كاتب الواقدي، أبو عبد الله، محدث حافظ، ولد بالبصرة عام ١٦٨هـ، وسكن بغداد، وتوفي سنة٢٣٠هـ. من آثاره: كتاب الطبقات الكبير. (ابن خلكان، وفيات الأعيان ١/ ٦٤١؛ وابن حجر، المرجع السابق ٩/ ١٨٢).

(٧) ابن سعد، الطبقات الكبرى (لا. ط؛ بيروت: دار بيروت للطباعة والنشر، د. ت) ٥/ ٧١.

(٨) ابن حجر، المرجع السابق (٧/ ٣٦٤).

لا قبل ذلك، وأنه لم يتحقق في الحديث. فالجواب عنه بأن الرجوع إلى نصِّ الحديث يظهر بجلاء أن البيع قد تمَّ وصحَّ بين النبي ﷺ وبين الأعرابي، وانظر قوله ﷺ: «**بَل قَد ابتعتُه منك**»، ومعاذ الله أن يدَّعي رسولُ الله ﷺ شيئاً ولم يتم بعد.

ومن جهة أخرى فالتوثيق يكون بعد تمام العقد بغض النظر عن حصول التفرّق من عدمه، ومع ذلك لم يثبت أن رسول الله ﷺ وثّق كما يفهم من الحديث[1].

٥ ـ أما التشكيك في الحديث اعتماداً على عدم معرفة تاريخه، ومن ثم يقع الاحتمال في كونه ورد قبل نزول آية المداينة، فهو أمر مستبعد، وادعاء لا وجه له؛ ذلك أن معرفة التاريخ ليست شرطاً لصحة القول بحمل الأمر على الندب، وإنما يُلجأ إلى التاريخ لصحة القول بالنسخ، وهذا ما لم يُتعرَّض له ولم يدَّعيه أصحاب المذهب الثاني[2].

٦ ـ أما القول بأن الآثار المروية التي لا ذكر للتوثيق فيها لا تدلّ بأيِّ حال على أنّ الرسول ﷺ ترك التوثيق فيمكن الردّ عليه من ناحيتين[3]:

الأولى: إن عدم ذكر الراوي للتوثيق في الحديث يدل على عدم حصوله؛ ذلك أنه لو وُجد التوثيق في العقد لكان الراوي قد ذكره من جملة ما رواه من تفاصيل المعاملة، فلما لم يرد ذكره؛ فإنه يدلّ على عدم وقوعه.

الثانية: وإذا تمَّ التسليم بأن الروايات الواردة بشأن التعامل بالبيع لا تتضمن تصريحاً بالتوثيق من عدمه، فإنه لا يمكن التسليم بعدم الدلالة

---

(١) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٤٦.

(٢) المرجع نفسه ص:٤٧.

(٣) المرجع نفسه ص:٤٧ ـ ٤٨.

على أن الرسول ﷺ ترك التوثيق، ذلك أن حديث خزيمة خاصة ورد فيه قول الأعرابي: «هَلُمَّ شاهداً...»، فلم يقل الرسول ﷺ الشاهد فلان، وفي هذا ما يدل على أن الرسول ﷺ لم يشهد.

٧ ـ أما القول بأن الحرج والمشقة في ترك التوثيق مما يسبب الشكوك والنزاعات، وقد يفضي إلى ارتكاب المحرمات؛ فإن النظر في كثرة التعامل وتشعب صوره وانشغال الناس بمصالحهم وحاجياتهم، وكذا وفرة ما يطلبه الناس ويتعاملون به من أشياء ومقتنيات، كل ذلك يجعل من أعسر العسر كتابة المعاملات أو الإشهاد عليها في كل الأحوال[1]؛ فالحياة أصبحت أكثر تعقيداً، والتوثيق والإشهاد المعتبر شرعاً وقانوناً أمر مكلف من حيث الجهد والوقت والمقابل المادي.

خامساً: الترجيح:

من خلال النظر في مختلف الآراء الفقهية الواردة بشأن حكم كتابة الديون، وإيراد أدلتها، وعرض مناقشتها، والردود على أهم الاعتراضات؛ فإنه يظهر لنا ترجيح القول باستحباب التوثيق الكتابي للديون؛ كأصل عام، وهو القول الثاني في المسألة ومذهب الجمهور.

والذي دفع إلى ترجيح مذهب الجمهور عدّة أمور منها:

١ ـ قوة أدلة الجمهور في المسألة.

٢ ـ الردّ على الاعتراضات الموجهة بما يظهر عدم وجاهتها.

٣ ـ ظهور ضعف رأيي المذهبين الأول والثالث من خلال المناقشة وتوجيه عدّة انتقادات جوهرية لما استندوا إليه من أدلة، اجتهدوا من خلال عرضها إثبات قولهم بوجوب الكتابة أو إباحتها.

---

(١) وينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٤٠٣).

٤ ـ كثرة المعاملات المعاصرة وتشعبها ووفرة متطلبات الحياة وحاجياتها، مما يؤكد استحالة توثيق كل المعاملات المالية الآجلة؛ إذ تعتمد في أغلب أحوالها على الائتمان تيسيراً وتسهيلاً.

٥ ـ ورغم توفر أدوات الكتابة، وتضاؤل نسب الأمية، فإنه يتعذر توثيق كل الديون صغيرها وكبيرها؛ ذلك أن للتوثيق المعاصر مصاريفه، كما أن الإشهاد على المعاملات ليس من السهل توفره في كل حين؛ لأن للناس من المشاغل والأعباء اليومية ما يجعلهم يتحرجون من تحمل ذلك.

ولئن ظهر لنا اختيار القول بالاستحباب راجحاً على غيره كأصل عام؛ فإن هناك ما يدعو للاستثناء والقول بالوجوب في بعض الحالات التي تتطلب ذلك. فإذا كان المال في المعاملة الآجلة واجب الحفظ؛ كالذي للعبد عليه ولاية، وكأموال اليتامى، والأوقاف، والوكلاء، والأمناء، فإنه لا يتم حفظ المال إلا بالتوثيق الكتابي، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب[1].

وعلى هذا فإن كان للمال في المداينة حق لولاية عامة أو خاصة، أو ليتيم، أو لوقف، أو لموكل، أو وديعة؛ فإن القول بوجوب التوثيق الكتابي في مثل هذه المواضع أحفظ للحق، وأدعى للوقاية من الضياع والنسيان، وأسلم في حالة تزعزع الثقة وحدوث الخلاف والتنازع.

ويؤيد ذلك ما ورد من نصوص قرآنية وحديثية تؤكد على حفظ الأموال خاصة في مثل تلك الحالات.

وهكذا تصبح الكتابة كالسبب لحفظ المال من الجانبين؛ لأن

---

(١) عبد الرحمٰن بن ناصر السعدي ت١٣٧٦هـ، تيسير الكريم الرحمٰن في تفسير كلام المنان، تعليق: محمد زهري النجار (ط:١؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، ودار المؤيد، ١٩٩٥م) ١/٢٠٨ ـ ٢٠٩.

الدائن إذا علم أن حقه قد تم تقييده بالكتابة فإنه يحذر من طلب الزيادة، أو تقديم المطالبة قبل حلول الأجل. وكذا المدين إذا عرف ذلك فإنه يحذر الجحود، ويرتِّب حاله في تحصيل المال، ليتمكن من أدائه وقت حلول الدَّين.

المطلب الثاني

حجية وصور التوثيق الكتابي للديون

وسوف ندرس مضمون هذا المطلب في فرعين، يتناول أولهما حجية التوثيق الكتابي للديون في الإثبات. أما الثاني فيعالج أهم صور التوثيق الكتابي للديون.

* الفرع الأول: حجية التوثيق الكتابي للديون

لقد اتفقت كلمة جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة على أن توثيق الديون بالكتابة أمر مرغوب فيه ومندوب إليه، اعتماداً على نصِّ القرآن الكريم، وجملة مؤيدات من السُّنَّة المطهرة، إضافة إلى مرجِّحات عقلية ظاهرة. إلا أن كلمة الفقهاء تباينت بشأن مدى حجية الكتابة للديون، ومن ثم مسألة الإثبات بها عند التنازع، وخصوصاً في حالة الإنكار.

وللفقهاء في المسألة قولان هما:

القول الأول: عدم الاعتماد على الخطِّ المجرَّد في إثبات الديون إن لم يحصل الإشهاد عليه، وهذا القول لعدد من الأئمة[1] منهم:

(١) ينظر: محمد بن أحمد بن أبي بكر السرخسي ت٤٩٠هـ، أصول السرخسي، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت) ١/ ٣٥٨؛ ود. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (٢/ ٤٢٣)؛ ود. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات ص: ٨٠؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون في الفقه الإسلامي ص: ٣٣١ ـ ٣٣٢.

أبو حنيفة النعمان[١] (ت١٥٠هـ)، وهو قول لمالك بن أنس[٢] (ت١٧٩هـ)، كما أنه مذهب الشافعي[٣] (ت٢٠٤هـ)، وهو كذلك رواية عن أحمد بن حنبل[٤] (ت٢٤١هـ)، وذهب إليه بعض الحنفية[٥]، وقال به سفيان الثوري[٦] (ت١٦١هـ)[٧].

القول الثاني: إنَّ الخطِّ المجرَّد حجَّة يعتمد عليها في الإثبات إن كانت صحيحة النِّسبة إلى صاحبها، وهذا القول لجمهور الفقهاء[٨] من

---

(١) ينظر: عبد العزيز بن أحمد البخاري ت٧٣٠هـ، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي (لا.ط؛ القاهرة: دار الكتاب الإسلامي، د.ت) ٣/ ٥١ ـ ٥٢؛ والمرغيناني، الهداية (٧/ ٣٨٦)؛ وابن نجيم، البحر الرائق (٧/ ٧٢).

(٢) ينظر: عبد الوهاب البغدادي، المعونة (٣/ ١٥٥٥ ـ ١٥٥٦)؛ وعبيد الله بن الحسين بن الجلاب ت٣٧٨هـ، التفريع، تحقيق: د. حسين بن سالم الدهماني (ط:١؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٧م) ٢/ ٢٤٦ وما بعدها؛ ويوسف بن عبد الله بن عبد البر، الكافي ص:٤٧٥؛ وابن العربي، أحكام القرآن (١/ ٢٥٨)؛ وابن فرحون، تبصرة الحكام (١/ ٣٠٣).

(٣) ينظر: الشافعي، الأم (٧/ ٩١ ـ ٩٢)؛ والشيرازي، المهذب (٢/ ٤٢٦).

(٤) ابن القيم، الطرق الحكمية ص:٢٣٩؛ والبهوتي، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٥٣٤).

(٥) منهم خير الدين بن أحمد بن علي الرملي ت١٠٨١هـ، وقد اعتبر هذا الرأي هو الرأي المقرر عند علماء الحنفية (الرملي، الفتاوى الخيرية ٢/ ١٢) نقلاً عن: د. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٣٣١.

(٦) هو سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري، أبو عبد الله، الكوفي، من الأئمة الأعلام في الفقه والحديث، ولد عام ٩٧هـ. (ابن حجر، تهذيب التهذيب ٤/ ١١١).

(٧) علي بن محمد الماوردي ت٤٥٠هـ، الحاوي الكبير (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت) ١٦/ ٢٠٦.

(٨) ينظر: علي حيدر، درر الحكام (٤/ ١٣٧)؛ وابن قدامة، المغني (٨/ ٤٧٠)؛ وابن القيم، الطرق الحكمية ص:٢٣٩ ـ ٢٤٠؛ ود. محمد الزحيلي، المرجع السابق (٢/ ٤٢٣)؛ ود. نزيه حماد، المرجع السابق ص:٨٠؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٣٣١.

الحنفية[1]، والمالكية[2]، والحنابلة[3].

قال الجصاص الرازي[4]: «الأصل في هذا الباب أن الكتاب يقوم مقام عبارة المكتوب من جهته وخطابه»[5].

وقال ابن تيمية (ت٧٢٨هـ): «والعمل بالخطِّ مذهب قويٌّ، بل هو قول جمهور السّلف»[6].

وقال محمد عليش[7]: «. . . المكلف غير المحجور يؤخذ بإقراره

---

(١) ينظر: المرغيناني، الهداية (٧/ ٣٨٧)؛ وابن نجيم، البحر الرائق (٧/ ٧٢)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٤٣٧).

(٢) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام (١/ ٣٠٣)؛ وعليش، فتح العلي المالك (٢/ ٣١١ ـ ٣١٢).

(٣) ينظر: عبد الله بن أحمد بن قدامة ت٦٢٠هـ، الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، تحقيق: زهير الشاويش (ط:٥؛ بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م) ٤/ ٤٧٣؛ وابن تيمية، مجموع الفتاوى (٣١/ ٣٢٦).

(٤) هو أحمد بن علي الرازي، أبو بكر، المعروف بالجصاص، الإمام المفسر، والفقيه الحنفي، والأصولي النظار، ولد عام ٣٠٥هـ، سكن بغداد، وانتهت إليه رئاسة الحنفية، توفي سنة ٣٧٠هـ. من آثاره: أحكام القرآن، وشرح الجامع، والفصول. (الشيرازي، طبقات الفقهاء ص:١٤٤).

(٥) الجصاص، شرح أدب القاضي ص:٢٥٤ نقلاً عن: د. نزيه حماد، المرجع السابق ص:٨٠.

(٦) ابن تيمية، مختصر الفتاوى المصرية ص:٦٠١. وقال أيضاً: «إذا كان الميت ممن يكتب عليه للناس في دفتر ونحوه وله كاتب يكتب بإذنه ما عليه ونحوه فإنه يرجع في ذلك إلى الكتاب الذي بخطه أو خط وكيله فما كان مكتوباً وليس عليه علامة الوفاء كان بمنزلة إقرار الميت به، فالخط في مثل ذلك كاللفظ. . .». (ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣١/ ٣٢٦، وينظر: الاختيارات الفقهية ص:١٩٠).

(٧) هو محمد بن أحمد بن محمد عليش المالكي، الأشعري، الشاذلي، الأزهري، أبو عبد الله، فقيه، لغوي، متكلم، ولد بالقاهرة عام ١٢١٧هـ، تولى مشيخة =

وكتابته. . . والوثيقة المكتوبة بدَيْنٍ على الميت إن كانت بخطِّه المعروف عمل بها وإلَّا فَلَا. . .»[1].

الأدلة:

أ ـ أدلة القول الأول:

استند أصحاب القول الأول في تأييد عدم حجية الخط المجرد عن الشهادة في إثبات الحقوق إلى أدلة من السُّنَّة وأخرى من المعقول، وهي كالآتي:

١ ـ من السُّنَّة:

حديث الأشعث بن قيس[2] رضي الله عنه قال: كان بيني وبين رجل خصومة في شيء فاختصمنا إلى رسول الله ﷺ فقال: «**شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ**»، فقلت: إنه إذاً يحلف ولا يبالي، فقال النبي ﷺ: «**مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ يَسْتَحِقُّ بهَا مَالاً وَهُوَ فِيهَا فَاجِرٌ، لَقِيَ اللهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضْبَانٌ**»[3].

ووجه الدلالة في الحديث أن الرسول ﷺ اقتصر على الشاهدين عند حكمه في المسألة المتنازع بشأنها والمعروضة عليه، دون أن يلجأ إلى اعتماد الكتابة، أو حتى مجرد السؤال عنها؛ مما يفيد أنها وحدها

= المالكية، وتوفي سنة ١٢٩٩هـ. من آثاره: فتح العلي، هداية السالك. (كحالة، معجم المؤلفين ٣/ ١٠٤).

(١) محمد بن أحمد عليش، المرجع السابق (٢/ ٣١١).

(٢) هو الأشعث بن قيس بن معد يكرب الكندي، أبو محمد، صحابي جليل، نزل الكوفة، توفي سنة ٤٠هـ. (ابن حجر، تقريب التهذيب ص:٥٢).

(٣) متفق عليه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه فالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه (٢/ ٨٨٩)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق المسلم بيمين فاجرة بالنار (١/ ١٢٣).

غير معتبرة، ومن ثم كان إهمال ذكرها[1].

٢ ـ من المعقول:

إن أدلة الإثبات تنحصر في الإقرار والبيِّنة والنكول، وإن الكتابة ليست من أدلة الإثبات، فهي زيادة على النص، والزيادة على النص نسخ عند الحنفية، أو هي اعتبار ما ليس من الدِّين فهي حدث وبدعة[2]، وفي الحديث: «**مَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا مَا لَيْسَ مِنْهُ فَهُوَ رَدٌّ**»[3].

هذا، وإن اعتماد الكتابة في الإثبات تكتنفه صعوبات كثيرة تقلص من دائرة مصداقية مضمون الشيء المكتوب، ومن ثم يتعذّر اعتماده لإثبات الحقوق. ومن أهم تلك الصعوبات والعوائق:

ـ صعوبة تمييز الخطوط عن بعضها في أغلب الأحوال، مما يجعل نسبة الخط إلى كاتبه أمراً محتملاً، وقد يخيل للشخص أن الخطين متشابهان وأن صاحبهما واحد، والحقيقة خلاف ذلك؛ وعلى هذا إذا تطرّق الاحتمال لا يمكن الاعتماد على تلك الكتابة في الإثبات إلا إذا قواها الإشهاد عليها[4].

ـ إن التزوير في الخطوط والمحاكاة فيها أمر شائع وكثير التداول، ومن ثم لا يؤتمن التعويل على مجرد الخط في إثبات الحقوق[5].

---

(١) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير (١٧/ ٢٧٦).

(٢) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (٢/ ٤٢٥)

(٣) متفق عليه من حديث أم المؤمنين عائشة ﵂: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود (٢/ ٩٥٩)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور (٣/ ١٣٤٣).

(٤) ينظر: المرغيناني، الهداية (٧/ ٣٨٦)؛ والشيرازي، المهذب (٢/ ٤٢٦)؛ وابن قدامة، المغني (١٤/ ٨٠)؛ و(٨/ ٤٧١)؛ ود. محمد الزحيلي، المرجع السابق (٢/ ٤٢٣)، ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٣٣٩.

(٥) ينظر: علي حيدر، درر الحكام (٤/ ٤٢٦)، د. محمد الزحيلي، المرجع نفسه، =

ـ إن الكتابة قد تكون للتجربة والتدريب على حسن الخط، ومن ثم لا يؤاخذ المرء بما تتضمنه كتابته دون أن نتأكد من أن تلك الكتابة توجهت إرادة الكاتب إليها بقصد إثبات معاملة(١).

ـ إن المرء قد يكتب وثيقة للتسلية واللهو، فلا يمكن اعتبارها حجّة ودليلاً؛ لعدم القصد وتوجيه الإرادة نحوها، والقاعدة الفقهية تقول: «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني»(٢).

ب ـ أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني لإثبات حجية التوثيق الكتابي للديون بالكتاب والسُّنَّة وكذا الإجماع والمعقول.

١ ـ من الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ. . .﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله تعالى قرّر اعتبار الكتابة وثيقة في المعاملات، وإن فائدة الوثيقة هو الاعتماد عليها عند الإنكار والجحود والاحتجاج بها أمام القضاء، والاستناد إليها في الحكم، ولو لم يكن للتوثيق الكتابي فائدة وقيمة، لم يكن الله تعالى ليأمر به؛ فدلّ ذلك على حجية الاعتماد على الكتابة ومنها الخط المجرد(٣).

= د. صالح الهليل، المرجع السابق.

(١) ينظر: علي حيدر، المرجع السابق، د. محمد الزحيلي، المرجع السابق (٢/ ٤٢٤)، د. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٣٤٠.

(٢) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (٢/ ٤٢٤)؛ وينظر في معنى هذه القاعدة: أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية ص:١٣ ـ ٣٤؛ ومصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام (٢/ ٩٦٦).

(٣) د. محمد الزحيلي، المرجع نفسه (٢/ ٤٢٦)؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٣٣٢.

وقال الله تعالى: ﴿قَالَتْ يَٰٓأَيُّهَا ٱلْمَلَؤُا۟ إِنِّىٓ أُلْقِىَ إِلَىَّ كِتَٰبٌ كَرِيمٌ ﴿٢٩﴾ إِنَّهُۥ مِن سُلَيْمَٰنَ وَإِنَّهُۥ بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ ﴿٣٠﴾ أَلَّا تَعْلُوا۟ عَلَىَّ وَأْتُونِى مُسْلِمِينَ ﴿٣١﴾﴾ [النمل: ٢٩ ـ ٣١].

ووجه الدلالة أن المولى سبحانه أخبر أن سليمان عليه السلام اعتمد على الكتابة في الإنذار وتبليغ الدعوة واعتبرها بمنزلة الكلام[١]. وهذا يدل على أن الكتابة يحتج بها ويعتمد عليها، ولئن كان هذا في شرع من قبلنا، إلا أنه يعتمد عليه لكون شرعنا أورد ما يؤيده كما في آية المداينة[٢].

٢ ـ من السُّنَّة:

حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «**مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصي فِيهِ، يَبيتُ لَيْلَتَيْنِ، إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ**»[٣].

ووجه الدلالة من الحديث على حجية الكتابة المجردة للحقوق والإثبات بها يمكن استفادته من جهتين:

الأولى: إرشاد النبي ﷺ إلى كتابة الوصية، ولو لم يكن يعتمد عليها ما كان للأمر بها فائدة[٤].

الثانية: إرشاد النبي ﷺ إلى كتابة الوصية، ولم يذكر الإشهاد على المكتوب؛ مما يدل على حجية الخط المجرّد في الإثبات[٥].

---

(١) الماوردي، الحاوي الكبير (١٦/ ٤١٤).

(٢) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٣٣٢ ـ ٣٣٣.

(٣) أخرجه الشيخان: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الوصايا، باب الوصايا وقول النبي ﷺ: «**وصية الرجل مكتوبة عنده...**» (٤/ ٢)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب الوصية (٣/ ١٢٤٩ ـ ١٢٥٠).

(٤) ابن القيم، الطرق الحكمية ص: ٢٤١؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٣٣٢ ـ ٣٣٣.

(٥) ابن قدامة، المغني (٨/ ٤٧١)؛ ود. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (٢/ ٤٢٨)؛ ود. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات ص: ٨٢.

ومن ذلك أيضاً ما روي من اعتماد النبي ﷺ على الكتابة في أغراض مختلفة، منها ما أرسله ﷺ مكتوباً إلى الملوك والزعماء يدعوهم فيه إلى الإسلام[1]، ووثيقة صلح الحديبية[2]، وكتاب الأمان[3] لسراقة بن مالك رضي الله عنه[4].

وكل ذلك وغيره يدلّ بوضوح على حجية اعتماد الكتابة في التوثيق وإثبات الحقوق بالرجوع إلى النص المكتوب الذي يعدّ مرجعاً عند طروء أي نزاع أو سوء تفاهم[5].

٣ ـ من الإجماع:

قال صديق حسن خان[6]: «قد ثبت العمل بالخطِّ بالأدلة المتكاثرة

---

(١) ينظر: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي. . . (١/ ٨ ـ ٩)؛ وكتاب الجهاد والسير، باب دعوة اليهود والنصارى وعلى ما يقاتلون عليه وما كتب النبي ﷺ إلى كسرى وقيصر والدعوة قبل القتال (٣/ ١٠٧٤).

(٢) ينظر: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الصلح، باب كيف يكتب هذا ما صالح فلان ابن فلان. . . (٢/ ٩٥٩)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب الجهاد والسير، باب صلح الحديبية (٣/ ١٤١٠).

(٣) ينظر: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب فضائل الصحابة، باب هجرة النبي ﷺ وأصحابه على المدينة (٣/ ١٤٢٠).

(٤) هو سراقة بن مالك بن جشم بن مالك الكناني المدلجي، صحابي جليل أسلم عام الفتح، أدرك النبي ﷺ لما هاجر إلى المدينة ودعا النبي ﷺ عليه حتى ساخت رجلا فرسه ثم أنه طلب منه الخلاص وألا يدل عليه ففعل وكتب له أماناً. وروي أن رسول الله ﷺ قال له: **«كيف بك إذا لبست سواري كسرى»**، قال: فلما أتى عمر بسواري كسرى دعا سراقة فألبسه وقال له: «ارفع يديك وقل الحمد لله الذي سلبهما كسرى بن هرمز وألبسهما سراقة الأعرابي»، توفي سنة ٢٤هـ وقيل بعد ذلك. (ابن حجر، الإصابة ٣/ ٤١)

(٥) ينظر: د. محمد الزحيلي، المرجع السابق (٢/ ٤٢٦)؛ ود. نزيه حماد، المرجع السابق ص: ٨٢.

(٦) هو محمد صديق خان بن حسن الحسيني، البخاري، القنوجي، الهندي، =

من الكتاب والسُّنَّة والإجماع، ومن الحاكين لإجماع الصحابة على العمل بالخط الرازي في المحصول[1]، وأما مَنْ بعد الصحابة فيدلّ عليه إجماعهم الفعلي على الاحتجاج بذلك والعمل به في معاملاتهم وفي المصنفات»[2].

كما أجمع أهل الحديث على صحة اعتماد الراوي على الخطّ المحفوظ عنده، وجواز التحديث به. ولو لم يعتمد على ذلك لضاعت أكثر الأحاديث النبوية وأغلب أحكام الفقه الإسلامي؛ نظراً لكون وسيلة الحفظ والتداول بين المحدثين قائمة على النُّسخ المكتوبة[3].

٤ ـ من المعقول:

إن الكتابة بغرض توثيق الحقوق موجهة أساساً للتعبير عن مقصود كاتبها، مثلما يدل اللفظ المنطوق على ذلك، وتترتب عليه آثار وتثبت به

= أبو الطيب، ولد في قنوج بالهند عام ١٢٤٨هـ، عالم، أمير، مشارك في أنواع من العلوم، توفي سنة ١٣٠٧هـ، من آثاره: أبجد العلوم، فتح البيان في مقاصد القرآن (كحالة، معجم المؤلفين ٣/ ٣٥٨).

(١) ينظر: محمد بن عمر بن الحسين الرازي ت٦٠٦هـ، المحصول في علم الأصول، تحقيق: د. طه جابر فياض العلواني (ط:١؛ الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود، ١٤٠٠هـ) ٤/ ٥٩٦.

(٢) صديق حسن خان، ظفر اللاضي فيما يجب في القضاء على القاضي (دون بيانات نشر) ص:١٣٠ ـ ١٣١ نقلاً عن: د. نزيه حماد، المرجع السابق ص:٨١، وبرجوعنا للطبعة الحديثة من الكتاب المذكور لم نعثر على العبارة المنقولة، والذي وقفنا عليه هو قوله: «قد وردت الأدلة الصحيحة الدالة على العمل بالكتابة الصحيحة في مواضع من الكتاب والسُّنَّة، وورد ما يدل على قبولها على العموم» (صديق حسن خان، ظفر اللاضي فيما يجب في القضاء على القاضي، تحقيق: أبو عبد الرحمٰن بن عيسى الباتني. ط:١؛ بيروت: دار ابن حزم، ١٤٢٢هـ ٢٠٠١م، ص:٢٨٥).

(٣) ابن القيم، الطرق الحكمية ص:٢٤٠؛ ود. نزيه حماد، المرجع السابق ص:٨٢.

أحكام؛ فإذا شابهت الكتابة النطق، وأفادت مثلما يفيد فالظاهر أنها مثله في إثبات الحقوق بها مجردة عن أي وسيلة أخرى إذا كانت صحيحة النِّسبة لكاتبها، ولا تشوبها شائبة التزوير ونحوه[1].

كما أن ضرورة إثبات الحقوق والحفاظ على الأموال من الضياع يدفع إلى اعتماد جميع وسائل المحافظة والإثبات بها ومنها الخط المجرد[2]، وهذا إن ضمنت قدراً معتبراً من الثقة والأمان. وإننا نجده مُحَقَّقاً في الكتابة المجردة؛ لأن الإشهاد على المكتوب لا يتيسر دائماً وجوده، خاصة مع توسع أنشطة الناس في الحياة وكثرة مشاغلهم، وصعوبة التحقق من أهليتهم للشهادة.

ولقد جرت مجلة الأحكام العدلية في اتجاه اعتماد الخط المجرد في الإثبات، حيث اعتبرت كتابة الدَّين حجَّة في توثيقه وبيِّنة لإثباته؛ لأن المرء مؤاخذ بإقراره الواقع بالكتابة، مثلما هو مؤاخذ على الإقرار الواقع باللسان، سواء أحصل الإقرار بالكتابة من الناطق أم من الأخرس، وسواء أكان بطلب من الدائن أم دون طلب منه[3]. وجاء في المادة (١٦٠٦) من المجلة: «الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان»[4].

• مناقشة الأدلة والترجيح:

أولاً: مناقشة أدلة القول الأول:

وجه أنصار القول الثاني في المسألة عدة انتقادات لما استدل به منكرو حجية الخط المجرد في الإثبات أهمها:

---

(١) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (٢/ ٤٣٠).

(٢) علي حيدر، درر الحكام (٤/ ١٣٧)؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٣٣٦.

(٣) علي حيدر، درر الحكام (٤/ ١٣٧).

(٤) المرجع نفسه.

١ ـ إن حديث الأشعث بن قيس رضي الله عنه لا يمكن الاستناد عليه لإثبات عدم حجية الكتابة اعتماداً على قوله ﷺ: «**شاهداك**»، وغاية ما يستفاد من الحديث هو إفادة طلب شاهدين أو ما يقوم مقامهما من الحجج والبيِّنات. ويؤيد هذا أن الحديث لم يذكر الحكم بالشاهد والمرأتين، أو الشاهد واليمين؛ فلا يُعقل أن يُفهم من الحديث بطلان الحكم بالشاهد والمرأتين أو الشاهد واليمين. وإن الأمر في مسألة الكتابة نفسه؛ فعدم ذكرها نصّاً لا يدلّ على عدم اعتبارها؛ وعلى هذا فما ورد في الحديث لا يُكتفى فيه بلفظ الشاهدين فحسب، وإنما ما يقوم مقام الشهادة المذكورة من مختلف الأدلة والحجج.

٢ ـ إن القول بأن الكتابة ليست من أدلة الإثبات، وأنها زيادة على النصِّ، أمر غير مسلَّم به من عدة وجوه:

ـ **الوجه الأول**: إن الله تعالى أمر بكتابة الديون وقدمها على الإشهاد، وبيَّن جملة معتبرة من شروط وكيفيات الكتابة لئلا يقع فيها تجاوز للحق. كل ذلك حتى يعتمد عليها لإثبات الحق الذي تم توثيقه، وإلا فإن ذلك الأمر وتلك التفصيلات لا مبرر لها ما دام الأمر يعتمد على الشهادة وهي بيِّنة قائمة بذاتها. وعلى هذا فالإثبات بالكتابة ثابت بالنص، وليس زيادة على النص.

ـ **الوجه الثاني**: لقد كانت الكتابة وسيلة لإبلاغ دعوة الإسلام إلى الملوك والرؤساء، واعتمدها الرسول ﷺ والخلفاء الراشدون من بعده في كتبهم لمخالفيهم، وفي رسائلهم للقضاة والأمراء، وقبلها المسلمون واستعملوها في حياتهم دون إنكار، سواء في ذلك عند رواية الحديث تحمّلاً أو أداء، وفي كتابة أحكام الزكاة والديات وسائر المعاملات الشرعية والقضاء وتنظيم مصالح الأمة.

ولئن فَرَضَتْ أوضاعٌ تاريخيةٌ ـ فيما بعد ـ التقليل من استعمالها

لمبررات آنية، ولم يتوسع الفقهاء في بيان أحكامها؛ فإن العودة إلى الأصل بعد تيسر العمل بالكتابة وتوافر وسائلها لا يعدّ بدعة أو زيادة على النص، وإنما هو رجوع إلى الأصل[1].

ـ **الوجه الثالث:** لو تمّ التسليم بأن إيراد الكتابة دليلا للإثبات يعدّ زيادة على النص، وهي نسخ عند الحنفية؛ فإن غير الحنفية وهم جمهور الفقهاء لا يعدّون الزيادة على النص نسخاً[2]؛ ومن ثم لا مسوغ للاحتجاج بما هو موضع اختلاف.

٣ ـ إن القول بتشابه الخطوط وصعوبة التمييز بينها مما يورد الاحتمال في نسبة تلك الخطوط، ويوجب عدم الاعتماد عليها بسببه أمر غير مسلّم به؛ ذلك أن التشابه نادر وليس دائماً أو غالباً، ومن ثم لا يُبنى الحكم على النادر[3]. ومن جهة أخرى نجد أن تشابه الخط كتشابه الأصوات والصور؛ فلا يعقل الجنوح إلى القول بعدم اعتماد كل ذلك لإمكانية ورود احتمال التشابه فيه[4].

ثم إن أهل الخبرة والفطنة والاختصاص لهم الكلمة الفصل عند اشتباه الأمر في نسبة الخطوط لأصحابها.

٣ ـ إن القول بأن الكتابة المجردة يرد إليها احتمال التزوير أو المحاكاة أمر يمكن نقضه من وجهين:

---

(١) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (٢/ ٤٢٥).

(٢) ينظر: الشيرازي، التبصرة في أصول الفقه ص:٢٧٦؛ والزنجاني، تخريج الفروع على الأصول ص:٥٠.

(٣) ينظر في القاعدة الفقهية: «العبرة للغالب الشائع لا النادر»: أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية ص:١٨١ ـ ١٨٢؛ ود. محمد الزحيلي، القواعد الفقهية (ط:١؛ دمشق، دار المكتبي، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م) ص:٧٣.

(٤) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (٢/ ٤٢٣ ـ ٤٢٤).

ـ **الوجه الأول**: لقد جعل المولى ﷻ في خط كل كاتب ما يتميز به عن خط سواه، مثلما تتميّز صورته، أو يتميّز صوته؛ مما يجعل الناس يشهدون في أغلب الأحوال شهادة يقطعون بها بأن الخط المعروض عليهم هو خط فلان دون غيره(١). والأمر نفسه بالنسبة للتوقيعات على الوثائق، وهذا لا يعني أن المحاكاة غير موجودة أو أنها متعذرة، لكن من المؤكد أنها لا تقضي على جميع الفروق بين الخطوط، فلكل خطّ جملة من السمات والعلامات التي ينفرد بها، وتفرِّق بينه وبين غيره(٢).

ومما يؤكد ما ذكرناه أن الأدلة المتظافرة التي تقترب من القطع تفيد كلها قبول شهادة الأعمى فيما طريقه السمع إذا عرف الصوت، مع العلم أن الأصوات يقع فيها التشابه، وإن لم يكن أعظم من التشابه الوارد في الخطوط، فمن المؤكد أنه ليس دونه. وبناء عليه فاحتمال المحاكاة أو التزوير لا يقوم حجّة لنفي الاعتماد على الخطّ في الإثبات(٣).

ـ **الوجه الثاني**: إن القول بعدم حجية الكتابة المجردة في الإثبات استناداً على توارد احتمال المحاكاة أو التزوير، يؤدي إلى إيقاف العمل بالخط المكتوب في توثيق الحقوق؛ مما يسبب تعطل مصالح الناس، واختلال التعامل بينهم، خاصة في مجال التعامل التجاري. وعلى هذا وجب أن تُراعى مصالح الناس، ويُبعد عنهم الضرر قدر الإمكان، ويعتمد على الخطّ المجرد في إثبات الحقوق في المعاملات المختلفة(٤).

هذا، وإن فن معرفة الخطوط قد شهد تطوراً كبيراً، حيث أصبح

---

(١) ابن القيم، الطرق الحكمية ص: ٢٤٢.

(٢) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٣٣٩.

(٣) المرجع نفسه..

(٤) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (٢/ ٤٢٤)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٣٤٠.

من الميسور التمييز بين الخطوط، ومضاهاتها، وما تكتب به، وطرق فحصها وتحليلها؛ مما جعل مهمّة الحكم على الوثيقة بالتزوير من عدمه أمراً ميسوراً[1].

وعلى هذا فلو اعتبرنا احتمال التزوير واقعا لا مجرد ممكن؛ فإنه من المؤكد أن كشفه أصبح سهلا، وخبراء الخطوط بإمكانهم أن يقرروا على سبيل الجزم واليقين نفي احتمال التزوير عن الوثائق الصادقة، وفضح الوثائق المزورة[2].

يضاف إلى ذلك أنه لو تم إسقاط اعتماد الخط المجرد في الإثبات استنادا إلى احتمال حدوث التزوير، وأنه ينبغي تعضيد الخط وتقويته بالشهادة؛ فإنه يمكن القول أيضاً بأن التزوير في الشهادة لا يختلف عن التزوير في الكتابة، وربما كان في الشهادة أكثر وقوعاً؛ ذلك أن مهمة الكشف عن التزوير في الخط غدت أيسر وأسهل من الكشف عنه في شهادة الزور[3].

٤ ـ إن القول باحتمال الكتابة للتجربة والتدريب، أو لمجرد اللهو والتسلية؛ أمر لا يمكن قبوله؛ إذ من المستبعد والمستغرب في الوقت نفسه أن نجد شخصاً يجرِّب خطه أو يمارس لعبة تتضمن تسجيل الحقوق، وإثبات الديون للآخرين، وإن إيراد مثل هذا الاحتمال بعيد ونادر، وفيه من الضعف ما يجعله لا يقوى على معارضة ما تقدّم من الأدلة التي تثبت حجية الخط المجرد في الإثبات. كما أن القاعدة

---

(١) راجع على سبيل المثال من الكتابات في هذا الشأن: د. غازي مبارك الذنيبات، الخبرة في إثبات التزوير في المستندات الخطية فناً وقانوناً (ط:١؛ عمّان: دار الثقافة، ٢٠٠٥م).

(٢) د. محمد الزحيلي، المرجع السابق (٢/ ٤٢٤)؛ ود. نزيه حماد، المرجع السابق ص: ٨٤ ـ ٨٥؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٣٤٠.

(٣) د. محمد الزحيلي، المرجع نفسه؛ ود. نزيه حماد، المرجع نفسه.

الفقهية «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني» هي حجّة عليهم وليست لهم؛ لأن العبرة بمعاني الألفاظ المكتوبة لا بحروفها، وهذا ما لا اعتراض عليه، وليس من شأن من أوتي حظّاً من العقل أن يلهو أو يجرِّب خطّه بكتابة ديون على نفسه(١).

هذا، وإن ما سبق إيراده من أدلة القول الأول قائم أساساً على الاحتمال، والواقع أن الاحتمال الذي يبطل الاستدلال هو الاحتمال القويّ، لا مجرّد الاحتمال، وإلا فلا يسلم أي دليل من أن يتوجه إليه أي احتمال(٢).

ثانياً: مناقشة أدلة القول الثاني:

وجّه أنصار القول الأول المانع من اعتماد الخط المجرد حجّة بعض الانتقادات لما استند إليه مخالفوهم؛ حيث اعترضوا على الاحتجاج بما كتبه الرسول ﷺ للملوك، وقامت به عليهم الحجّة، فقالوا بأن مضمون الكُتب المُرسلة هو الدعوة إلى الإسلام، وهي أمر شائع مشتهر من خلال المعجزات بما يثبت صحة الرسالة وصدق الرسول ﷺ فيما يدعو إليه. وعلى هذا فلم يكن الإلزام بما في الكتب ثابتاً بالمكتوب فحسب، وإنما بما تضمنه من اشتهار دعوة الإسلام إلى حدّ التواتر؛ فلم يكن دور الكتاب إلا مذكِّراً ومؤكِّداً في الإنذار(٣).

يضاف إلى ذلك أن الذين كُلِّفوا بإيصال الرسائل إلى الملوك والزعماء كانوا شهوداً على ما تضمنته؛ فكان الاعتماد في الحقيقة على الشهادة لا على مجرد الكتابة(٤).

---

(١) د. محمد الزحيلي، المرجع السابق، ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٣٤١.

(٢) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٣٤٠.

(٣) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري (١٣/ ١٤٥).

(٤) ينظر: ابن القيم، الطرق الحكمية ص: ٢٤١.

ثالثاً: الردود على الاعتراضات:

أجاب أنصار القول الثاني على انتقادات مخالفيهم بشأن الاحتجاج بالكتب المرسلة للملوك، وكون ثبوت الحجة باشتهار الدعوة لا مجرد الوثيقة المكتوبة المرسلة، فقالوا: بأن قصد الرسول ﷺ من إرساله كتبه إقامة الحجة عليهم سواء أكان لديهم علم سابق أم لا. وهذا يدل على حجية الاعتماد على الكتابة في إقامة الحجة. ولئن كان الأمر كذلك في مقام الرسالة وتبليغها، فإنها في كتابة الديون حجّة من باب أولى(١).

أما القول بأن الرسل المكلفين بحمل الرسائل للملوك كانوا يشهدون على ما فيها؛ فإن أهل الرواية أثبتوا أنه لم ينقل عن رسول الله ﷺ أنه أشهد أحداً على كتابه؛ فهو ادعاء يفتقر إلى الدليل المثبت(٢).

وعلى هذا فإن الاعتراضين الموجهين من قبل أنصار القول الأول غير وجيهين، ويفتقران إلى القوة التي تنقض استدلال المخالفين.

رابعاً: الترجيح:

من خلال عرض أدلة الفريقين بشأن حجية إثبات الديون بالكتابة المجردة، وبعد مناقشة الأدلة المختلفة والاعتراضات الواردة، يظهر ـ والله أعلم ـ أن الراجح في المسألة هو القول الثاني القائل بإثبات حجية التوثيق الكتابي المجرد واعتماده.

ويستند الترجيح المذكور إلى الأسباب التالية:

١ ـ قوة أدلة القول الثاني وتنوعها وتضافرها من الكتاب والسُّنَّة والإجماع والمعقول، وسلامة تلك الأدلة من المعارض بعد المناقشة والجواب عن الاعتراضات الموجهة لبعضها.

---

(١) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٣٣٥.

(٢) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري (١٣/ ١٤٥)؛ ود. صالح الهليل، المرجع نفسه.

٢ ـ ردّ ما استدل به أصحاب القول الأول بعد المناقشة وبيان أن الأدلة المستند إليها لا تقوى على إثبات مطلوبهم القائم على عدم اعتماد الخط المجرد حجة في الإثبات.

٣ ـ رفع الحرج عن الناس الذين يحتاجون إلى توثيق ديونهم، حيث تنوعت المعاملات المالية وتعددت صورها، وتجاوزت حدود الدولة الواحدة، وشاع التعامل بالديون فيها. والمعتمد في ذلك كله هو النصّ المكتوب الموثِّق للدَّين؛ فلو لم تكن الكتابة مقبولة في الإثبات لضاعت أكثر الأموال والحقوق، نظراً لعدم توفّر الشهود بصفة دائمة عند التعامل، وقد يغيبون عند التنازع والخصومة أمام القضاء، أو ينسون أو يموتون قبل ذلك[١].

هذا، وإن رفع الحرج عن العباد من المقاصد الحاجية التي جاءت الشريعة لحفظها. وعليه فالحاجة لاعتماد الكتابة في توثيق الدَّين هي من قبيل الحاجة الخاصة التي تُنَزَّلُ منزلة الضرورة[٢].

٤ ـ إن القائلين بحجية الخط المجرد في الإثبات تلافوا اعتراضات المخالفين لهم بأن اشترطوا أنه لا يعتمد على الخط الذي فيه شائبة التزوير، ولا يتخذ ذلك الخط مداراً للحكم عند المنازعة، وجاء في المادة (١٧٣٦) من مجلة الأحكام العدلية: «لا يعمل بالخط والخاتم فقط. أما إذا كان سالماً من شبهة التزوير والتصنيع، فيكون معمولاً به؛ أي: يكون مداراً للحكم، ولا يُحتاج للإثبات بوجه آخر»[٣].

---

(١) ينظر: علي حيدر، درر الحكام (٤/ ١٣٧)؛ ود. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (٢/ ٤٣١)؛ ود. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات ص: ٨٣؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٣٤١.

(٢) د. نزيه حماد، المرجع نفسه ص: ٨٣.

(٣) علي حيدر، المرجع السابق (٤/ ١٣٧، ٤٢٦، ٤٢٧).

* **الفرع الثاني: صور التوثيق الكتابي للديون**

لقد ذكر الفقهاء القدامى عدة صور للتوثيق الكتابي للديون، مما جرى عليه العمل في العصور الأولى. ولئن كانت تلك الصور بمثابة أمثلة عن حجية الخطّ المجرّد في توثيق الديون وإثباتها، إلا أنها تمثل قواعد وضوابط تتولى بيان متى يكون الخطّ وثيقة صحيحة معتمدة، ومتى لا يكون كذلك.

أما في العصور المتأخرة، ومع تدخل الدولة الحديثة في تنظيم مختلف الأنشطة من خلال منظومة القوانين المتعددة؛ فقد اتخذ التوثيق الكتابي للديون صوراً وأشكالاً أخرى.

وعلى هذا سوف نقدّم لمحة عن أهم صور التوثيق الكتابي للديون قديماً وحديثاً.

أولاً: صور التوثيق الكتابي للديون في التراث الفقهي:

١ ـ **البراءات السلطانية**: وهي الأوامر الكتابية الصادرة عن الحاكم الأعلى، وتكون موقّعة ومختومة[١]، وقد أجاز الفقهاء الاعتماد على هذه الكتابة في الإثبات، واعتبروها حجّة أمام القضاء[٢].

٢ ـ **كتاب القاضي إلى القاضي**: وهو أن يكتب القاضي ما يثبت لديه من الشهادة، أو ما قضى به على شخص، ويبعثه إلى قاضٍ آخر لكي يعمل بموجب ما يتضمنه، ويطلق عليه الفقهاء: الكتاب الحكمي[٣]، وإن

---

(١) د. محمد الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة (ط:٢؛ دمشق: دار الفكر، ١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠٢م) ص:٣٩٥.

(٢) ينظر: ابن نجيم، الأشباه والنظائر ص:٤٠٣؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٤/ ٤١٣)؛ ومجموعة رسائل ابن عابدين (٢/ ١٤٤).

(٣) ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق (٧/ ٢)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار =

القاضي المكتوب إليه متى تحقق من صحة الكتاب بالبيِّنة أو بالخطّ والتوقيع فإنه يعمل بما ورد في الكتاب ويعتمد على ما فيه(١).

٣ ـ **ديوان القاضي**: هي المحاضر أو السجلات والوثائق التي تدوّن في مجلس القضاء، ويحتفظ بها القاضي تحت يده، أو عند أمنائه، للرجوع إليها عند الحاجة(٢). واتفق الفقهاء على قبول ديوان القاضي، والاعتماد على كتابته وخطّه، وكذلك ديوان القاضي الذي سَلَفَهُ إذا وثق بالخطّ وأمن التحريف والتغيير، وابتعدت الريبة والشك(٣).

٤ ـ **الكتابة التي تتضمن شهادة**: ولها ثلاث صور هي:

الأولى: الكتابة التي تتضمن شهادة الكاتب نفسه على غيره، واشترط جمهور الفقهاء لقبولها أن يتذكّر الكاتب الشهادة.

الثانية: الكتابة التي تتضمن شهادة الميت والغائب على آخر. وهي محلّ اختلاف بين الفقهاء، حيث أجازها المالكية وأحمد (ت٢٤١هـ) في قول على أساس أن كتابة الشهادة؛ كالنطق بها. وأنكر الجمهور جوازها

= (٤/ ٤٣٣)؛ وابن جزي، القوانين الفقهية ص: ٣٠٢؛ وعليش، فتح العلي المالك (٢/ ٢٩١ ـ ٢٩٢)؛ والشيرازي، المهذب (٢/ ٣٠٥)؛ وابن أبي الدم، أدب القضاء ص: ٤٦٠؛ والرملي، نهاية المحتاج (٨/ ٢٥٩)؛ وابن قدامة، المغني (٩/ ٩١)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٦/ ٣٥٥)؛ ود. محمد الزحيلي، المرجع السابق ص: ٣٩٥.

(١) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير (٢٠/ ٦٧)؛ وابن قدامة، المغني (٩/ ٩)؛ ود. محمد الزحيلي، المرجع نفسه ص: ٣٩٥.

(٢) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٧/ ٢٧٣)؛ والبابرتي، العناية شرح الهداية (٥/ ٤٦٥)؛ والماوردي، الأحكام السلطانية ص: ١٩٩؛ والشربيني، مغني المحتاج (٤/ ٣٩٩)؛ وابن قدامة، المغني (٦/ ١٣٦) (٩/ ١٦، ٧٦)؛ وابن القيم، الطرق الحكمية ص: ٢٠٤؛ والبهوتي، كشاف القناع (٦/ ٣٥٥)؛ ود. محمد الزحيلي، التنظيم القضائي ص: ٣٩٥.

(٣) د. محمد الزحيلي، المرجع نفسه ص: ٣٩٨.

استناداً على أن الشاهد يشهد بما يعلم عن طريق السمع والمعاينة، والكتابة ليست واحدة منها.

الثالثة: الكتابة التي تتضمن إقرار الكاتب؛ أي: الشهادة على خطّ المقرّ، وهي جائزة؛ لأن كتابته إقرار منه، ولأن الكتابة تعبير عن إرادته، ولأن الشاهد يشهد بما يسمع أو يرى، ومن المرئيات الكتابة[١].

٥ ـ قيود التجار: وهي ما يسجله التجار في دفاترهم المخصصة لأعمالهم، مما جرت به عادتهم، من تدوين ما لهم وما عليهم وشؤون تجارتهم في دفاتر خاصة[٢].

وتقتصر حجيّة ما يدونه التجار في دفاترهم على إثبات الحقوق والديون التي تترتب في ذمتهم إلى الآخرين. أما حقوقهم وديونهم على الناس فلا يحتج عليهم بالدفتر؛ لأنه من غير المعقول أن يقدم المدعي دليلاً كتبه وأعدّه بمفرده، ولأنه لو نطق بأن له حقاً على آخر باللفظ الصريح؛ فلا يستحق بمجرده[٣]. وقد ورد في الحديث الشريف:

(١) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٧/ ٢٧٣)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٤٦٢)؛ وابن فرحون، تبصرة الحكام (١/ ٣٦٥)؛ والمواق، التاج والإكليل (٦/ ١٨٧)؛ والشافعي، الأم (٧/ ١٥٢)؛ ومحمد بن محمد الغزالي ت٥٠٥هـ، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، ١٣٩٩هـ ـ ١٩٧٩م) ٢/ ١٤٦؛ والشربيني، مغني المحتاج (٤/ ٣٩٩)؛ وابن قدامة، المغني (٦/ ١٣٦) (٩/ ١٦٠)؛ ود. محمد الزحيلي، المرجع السابق ص:٣٩٨ ـ ٣٩٩.

(٢) علي حيدر، درر الحكام (٤/ ١٣٨)؛ ود. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (٢/ ٤٧٤)؛ والتنظيم القضائي ص:٣٩٩.

(٣) ينظر: ابن نجيم، الأشباه والنظائر ص:٢٥٧؛ وابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين (٢/ ١٤٤)؛ وعليش، فتح العلي المالك (٢/ ٣١١)؛ ود. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (٢/ ٤٧٤ ـ ٤٧٥)؛ والتنظيم القضائي ص:٣٩٩؛ ود. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات ص:٨٦.

«لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بدَعْوَاهُمْ لادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِن البَيِّنَةُ عَلَى المدَّعِي واليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[1].

وبذلك أخذت مجلة الأحكام العدلية، حيث جاء في المادة (١٦٠٨) منها: «القيود التي هي في دفاتر التجار المعتد بها هي من قبيل الإقرار بالكتابة ـ أيضاً ـ مثلاً: لو قيد أحد التجار في دفتره أنه مدين لفلان بمقدار كذا يكون قد أقرّ بدين مقدار ذلك، ويكون معتبراً ومرعياً؛ كإقراره الشفاهي عند الحاجة»[2].

ومما ينبغي اعتباره في هذه المسألة أن الفقهاء قيَّدوا قبول ما يرد في دفاتر التجار لإثبات الحقوق والديون بأن تكون تلك الدفاتر معتد بها عند أصحابها. أما الدفاتر التي لا يعتدون بها فلا تعتبر حجّة[3].

قال ابن عابدين (ت١٢٥٢هـ): «فالحاصل أن المدار على انتفاء الشبهة ظاهراً. وعليه؛ فما يوجد في دفاتر التجار في زماننا إذا مات أحدهم، وقد كَتَبَ بخطِّه ما عليه في دفتره ـ الذي بقرب من اليقين أنه لا يكتب فيه على سبيل التجربة والهزل ـ يُعمل به، والعُرفُ جارٍ بينهم بذلك. فلو لم يُعمل به، يلزم ضياع أموال الناس، إذ غالب بياعاتهم بلا شهود، خصوصا ما يرسلونه إلى شركائهم وأمنائهم في البلاد، لتعذّر الإشهاد في مثله، فيكتفون بالمكتوب في كتاب أو دفتر، ويجعلونه فيما بينهم حجة عند تحقق الخطِّ أو الختم»[4].

وقال محمد عليش (ت١٢٩٩هـ) ـ وقد سُئل عن التاجر المتوفى وله دفتر يكتب فيه ما له وما عليه، إن كان يُعمل بما في الدفتر ـ:

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) علي حيدر، درر الحكام (٤/١٣٨).
(٣) د. نزيه حماد، المرجع السابق ص:٨٧.
(٤) ابن عابدين، المرجع السابق (٢/ ١٤٤).

«...كتابته ما عليه إقرار به، والمكلَّف غير المحجور يُؤخذ بإقراره وكتابته ما له دعوى، والمدعي لا يقضى له بمجرَّد دعواه...»[1].

٦ ـ **الرسائل**: اتفق الفقهاء على حجية الرسائل في الإثبات بين الغائبين، سواء أشهد عليها أو لم يشهد، وصرّحوا بالقاعدة المشهورة «الكتاب بين الغائبين كالخطاب بين الحاضرين»، وأن «الكتاب كالخطاب»[2] في التعاقد. وكذلك إذا أقرَّ الشخصُ بخطِّه وتوقيعه وختمه كانت الكتابة دليلاً لحاملها، يمكن بواسطتها إثبات حقه أمام القضاء[3].

٧ ـ **صكوك العقود**: إن تدوين العقود عند إنشائها لتوثيقها مع التوقيع والإشهاد عليها يعتبر حجّة أمام القضاء عند التنازع لإثبات الحق لصاحبه، ولا يقبل إقرار المدين بعد ذلك بخلافه، ويعتبر الثابت بالكتاب دليلاً ملزماً[4].

ثانياً: الصور المعاصرة للتوثيق الكتابي للديون:

١ ـ الورقة الرسمية:

وهي المحرر الكتابي الذي يصدر من الدوائر الرسمية الحكومية، وما في حكمها من المؤسسات العامة التي تخضع لسلطان الدولة وأنظمتها[5].

---

(١) عليش، المرجع السابق (٢/ ٣١١).

(٢) ينظر في شرح القاعدة: أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية ص: ١٨٥ ـ ١٨٦؛ ود. محمد الزحيلي، القواعد الفقهية ص: ٧٣.

(٣) ينظر: السرخسي، المبسوط (١٨/ ١٧٣)؛ وابن نجيم، البحر الرائق (٧/ ٦٩)؛ وابن فرحون، تبصرة الحكام (٢/ ٤٠)؛ والحطاب، مواهب الجليل (٦/ ١٨٨)؛ ود. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (٢/ ٤٧٧ ـ ٤٧٨)؛ والتنظيم القضائي ص: ٣٩٩ ـ ٤٠٠.

(٤) ينظر: السرخسي، المبسوط (١٨/ ١٧٣)؛ وابن نجيم، البحر الرائق (٧/ ٦٩)؛ وابن فرحون، تبصرة الحكام (٢/ ٤٠)؛ والحطاب، مواهب الجليل (٦/ ١٨٨)؛ ود. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (٢/ ٤٧٩)؛ والتنظيم القضائي ص: ٤٠٠.

(٥) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٣٤٦.

وورد في القانون المدني الجزائري[1]، وفي المادة (٣٢٤) منه أن الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه، أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه[2].

ولقد أكّد القانون المذكور على حجية الورقة الرسمية من خلال

---

(١) صدر التقنين المدني الجزائري بموجب الأمر رقم: ٧٥ ـ ٨٥ بتاريخ: ٢٠ رمضان ١٣٩٥هـ الموافق ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥م.

(٢) وبعد التعديل الذي أدخل على المادة (٣٢٤) بمقتضى القانون رقم: ٨٨ ـ ١٤ المؤرخ في ٣/ ٥/ ١٩٨٨م صار النص كالآتي: «العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه».

والظاهر أنه يوجد التباس في لغة القانون الفرنسي ـ الذي أخذت عنه معظم القوانين العربية ـ في مدلول كلمة acte من شأنه أن يخلط بين التصرف القانوني، والإرادة الخاصة بإثباته؛ فكلمة acte تدل على التصرف، كما تدل أيضاً على العقد المكتوب. وقد تسرب هذا الخلط إلى لغة القانون العربي، فأطلق لفظ «عقد» على التصرف القانوني ثم استعمل اللفظ نفسه «عقد» للدلالة على أداة إثباته، فقيل: «عقد رسمي»، و«عقد عرفي». ويقصد به الورقة، أو السند الرسمي، والورقة أو السند العرفي المعدّ للإثبات. أما أداة الإثبات في اللغة العربية فيطلق عليها: المحرر، السند، والورقة.

هذا، وإن الفقه الفرنسي يفرّق بين التصرّف القانوني ذاته (Negotium) وبين أداة إثباته (Instrumentum).

ينظر: يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي (ط:٢؛ الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، ١٩٨٨م) ص:٨٩ ـ ٩٠؛ د. الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري (ط:١؛ الجزائر: الديوان الوطني للأشغال التربوية، ٢٠٠١م) ص:٣٢، ٣٦؛ ود. عباس العبودي، شرح قانون أحكام البينات (ط:١؛ الأردن: دار الثقافة ـ عمّان، ٢٠٠٥م) ص:١٠٠.

المادة (٣٢٤ مكرر ٥) وفيها: «يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره. ويعتبر نافذاً في كل التراب الوطني». وزاد الأمر وضوحاً بإيراده (٣٢٤ مكرر ٦): «يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن.

غير أنه في حالة شكوى بسبب تزوير في الأصل، يوقف تنفيذ العقد محل الاحتجاج بتوجيه الاتهام، وعند رفع دعوى فرعية بالتزوير، يمكن للمحاكم حسب الظروف إيقاف تنفيذ العقد مؤقتاً».

وزاد أكثر (٣٢٤ مكرر ٧): «يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى ولو لم يعبر فيه إلا بيانات على سبيل الإشارة، شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء. ولا يمكن استعمال البيانات التي ليست لها صلة بالإجراء سوى كبداية للثبوت».

ومما ينبغي ملاحظته في حجية الورقة الرسمية أن القانون رقم: ٨٨ ـ ٢٧ المؤرخ في: ١٢/٧/١٩٨٨م، والمتضمن تنظيم التوثيق، لم يتحدّث عن حجية الورقة الرسمية، وخاصة بالنسبة للعقود التوثيقية؛ والأمر نفسه في القانون رقم: ٦ ـ ٢ المؤرخ في ٢١ محرم عام ١٤٢٧هـ الموافق ٢٠ فبراير سنة ٢٠٠٦م المتضمن تنظيم مهنة الموثق[1]، في حين أن الأمر رقم: ٧٠ ـ ٩١ المؤرخ في: ١٥/١٢/١٩٧٠م، والذي نظم التوثيق سابقاً، أورد في المادة (١٤) منه ما يلي: «يعتبر ما ورد في العقود الموثقة حجة ما لم يثبت تزويرها».

وبناء على هذا فإن المبدأ هو أن الورقة الرسمية تعتبر حجة على الجميع ما لم يثبت تزويرها أو يطعن فيها بالتزوير، وفي الجهة المقابلة

---

(١) الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد ١٤، ٨ صفر ١٤٢٧هـ الموافق ٨ مارس ٢٠٠٦م، ص: ١٥ ـ ٢١.

فإن الورقة المحررة من غير الموظف العمومي أو غير المختص، أو كونه لم يراع الأوضاع الجوهرية المقررة، فإن تلك الورقة تعدّ باطلة وتفتقر إلى صفة الرسمية[1].

هذا، وإن تنظيم الأوراق الرسمية وتوثيقها منوط في أغلب الأحوال بالموثقين، ولذلك فإننا نكتفي باستعراض أهم ما قرره القانون رقم: ٦ ـ ٢ المؤرخ في ٢١ محرم عام ١٤٢٧هـ الموافق ٢٠ فبراير سنة ٢٠٠٦م المتضمن تنظيم مهنة الموثق، وهذا في النقاط التالية:

ـ تحرّر العقود باللغة العربية في نص واحد وواضح تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص.

ـ تُكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف، وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام.

ـ يصادق على الإحالات في الهامش أو إلى أسفل الصفحات، وعلى عدد الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف الأولى من قبل الموثق، والأطراف وعند الاقتضاء الشهود والمترجم.

ـ يجب ألا تتضمن العقود أي تحوير، أو كتابة بين السطر، أو إضافة كلمات.

ـ تعتبر الكلمات المحورة، أو المكتوبة بين السطور، أو المضافة باطلة.

ـ تكون الكلمات المشطوبة غير المتنازع في عددها مكتوبة بشكل لا يشوبه أي شك أو التباس، ويصادق عليها في آخر العقد.

ـ يجب أن يتضمن العقد الذي يحرره الموثق البيانات التالية: اسم

(١) يحيى بكوش، أدلة الإثبات ص:١١٣؛ د. الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ص:٤١.

ولقب الموثق ومقر مكتبه - اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الأطراف وجنسيتهم - اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الشهود عند الاقتضاء - اسم ولقب ومسكن المترجم عند الاقتضاء - تحديد موضوع العقد - المكان والسنة والشهر واليوم الذي أبرم فيه - وكالات الأطراف المصادق عليها التي يجب أن تلحق بالأصل - التنويه على تلاوة الموثق على الأطراف النصوص الجبائية والتشريع الخاص المعمول به - توقيع الأطراف والشهود والموثق والمترجم عند الاقتضاء[1].

٢ - الورقة العرفية:

وهي عبارة سند معدّ على وجه الخصوص للإثبات، ويتولى تحريره وتوقيعه أشخاص عاديون بدون تدخل الموظف العام[2].

واعترف القانون بنسبة العقد العرفي لمن وقعه إن لم يكن هناك إنكار، فقد ورد في المادة (٣٢٧ فقرة ١) من التقنين المدني الجزائري[3]: «يعتبر العقد العرفي صادراً ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه

---

(١) المواد: ٢٦ - ٢٩ من القانون رقم: ٠٦ - ٠٢ المؤرخ في ٢١ محرم عام ١٤٢٧هـ الموافق ٢٠ فبراير سنة ٢٠٠٦م المتضمن تنظيم مهنة الموثق. (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد ١٤، ٨ صفر ١٤٢٧هـ الموافق ٨ مارس ٢٠٠٦م، ص: ١٧ - ١٨).

(٢) يحيى بكوش، أدلة الإثبات ص: ١٢٦.

(٣) القانون رقم ٥ - ١٠ المؤرخ في ١٣ جمادى الأولى عام ١٤٢٦هـ الموافق ٢٠ يونيو سنة ٢٠٠٥م المعدل والمتمم للأمر رقم ٧٥ - ٥٨ المؤرخ في ٢٠ رمضان عام ١٣٩٥هـ الموافق ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥م والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم. (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد ٤٤ السنة ٤٢، الأحد ١٩ جمادى الأولى ١٤٢٦هـ الموافق ٢٦ يونيو ٢٠٠٥م، ص: ٢٤).

فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق».

وتستند الورقة العرفية أساساً على التوقيع الصادر من المتعاقدين، أو على الأقل من المتعاقد الملتزم، وينطوي التوقيع على معنى الجزم بأن الورقة صادرة من الشخص الموقع، ولو لم تكن الورقة مكتوبة بخطه، وأن إرادة هذا الأخير قد اتجهت إلى اعتماد الكتابة والالتزام بها، كما أن بصمات الأصابع يعادل التوقيع[1].

أما من حيث شكل تحرير الورقة العرفية واللغة المستخدمة، وكذا الصيغة وطريقة التدوين أو الإشهاد عليها فالأمر كله متروك لإرادة المتعاقدين دون إلزامهما بشكل معين فيما ذُكر.

هذا، وإن قوة الورقة العرفية لا تخولها على الإطلاق أن توضع عليها الصيغة التنفيذية، فلا بد من اللجوء إلى القضاء ليمكّن من الحصول على ما تقتضيه الورقة العرفية[2].

أما من حيث الإثبات فإن الورقة العرفية أقل قوة من الورقة الرسمية، فهي ليست حجة بذاتها من حيث صدورها من موقّعها وسلامتها المادية، بل حجيتها تُعلَّق على عدم إنكار الشخص لتوقيعه. فإذا اعترف صراحة بصدورها منه وثبتت سلامتها المادية، فهي كالورقة الرسمية من حيث حجيتها في الإثبات. وإن أنكر الشخص صراحة توقيعه لتلك الورقة أو صرّح ورثة الشخص عدم معرفتهم كتابة المذكور أو إمضائه؛ فإن الورقة العرفية تلك غير صالحة للاحتجاج بها، ويبقى على عاتق المتمسك بها إقامة الدليل على صدورها من خصمه باتباع الإجراءات

---

(١) يحيى بكوش، أدلة الإثبات ص: ١٣٣؛ ود. الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ص: ٤٥.

(٢) د. الغوثي بن ملحة، المرجع السابق ص: ٤٧.

الخاصة بالتحقيق في الخط وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية[1]. ولا تعتبر تلك الورقة حجة إلا إذا قضت المحكمة بصحة التوقيع[2].

٣ ـ الرسائل والبرقيات:

اعتاد الناس على الاعتماد على المراسلة في إثبات كثير من تعاملاتهم من خلال تبادل الرسائل، وفي بعض الحالات يكون ذلك خارج أيّ اتفاق. وعلى هذا إن أراد أحد المتعاملين إثبات حقه لا يجد أمامه سوى تلك الرسائل التي بحوزته ليقدمها أمام القضاء[3].

ولقد أثبت القانون المدني الجزائري في المادة (٣٢٩) منه أن للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العُرفية من حيث الإثبات، وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضاً إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقّعاً عليه من مرسلها. وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك. وإذا تلف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها إلا لمجرد الاستئناس.

هذا، ويكفي في إثبات الإرسال وجود الإشعار بالاستلام فإنه يحصل غالباً بالإشعار بالاستلام الذي يبين أن المرسل إليه اتصل بالرسالة، ويثبت أيضاً بالتصريح الصادر عنه في السجل الخاص لهذا الغرض في مصلحة البريد. أما إثبات مضمون الرسالة فقد استقر القضاء على أن استلام الرسالة إلى المعني بالأمر هي بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة عما تضمنته من معلومات[4].

---

(١) ينظر: المواد من ٧٦ إلى ٨٠ من الأمر رقم: ٦٦ ـ ١٥٤ المؤرخ في ٨ أوت ١٩٦٦م المعدل والمتمم المتعلق بقانون الإجراءات المدنية.

(٢) يحيى بكوش، المرجع السابق ص:١٣٥ ـ ١٣٦؛ ود. الغوثي بن ملحة، المرجع السابق ص:٤٧، ٤٨، ٥٣.

(٣) يحيى بكوش، المرجع نفسه ص:١٥٣؛ ود. الغوثي بن ملحة، المرجع نفسه ص:٥٤.

(٤) يحيى بكوش، المرجع نفسه ص:١٦٤ وما بعدها؛ ود. الغوثي بن ملحة، =

٤ ـ الدفاتر التجارية:

إن البيانات الواردة في الدفاتر التجارية هي بمثابة إقرار صادر من صاحبه مكتوباً؛ ذلك أن الدفاتر التجارية تحتوي على معلومات قيمة سواء أكانت دفاتر يومية أم دفاتر للجرد[١].

وقد ورد قي القانون المدني الجزائري وفي المادة (٣٣٠) منه: «دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة.

وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة، فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها، واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه».

كما أن المادة (١٣) من القانون التجاري الجزائري[٢] تنص على: «يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية». والمادة (١٤) من القانون نفسه أوردت: «إن الدفاتر التي يلتزم الأفراد بمسكها والتي لا تراعى فيها الأوضاع المقررة أعلاه، لا يمكن تقديمها للقضاء ولا يكون لها قوة الإثبات أمامه لصالح من يمسكونها، وذلك مع عدم المساس بما ورد النص بشأنه في كتاب الإفلاس والتفليس».

ولأجل المحافظة على الأسرار فإن القاضي عند أمره بتقديم الدفاتر

= المرجع نفسه ص: ٥٥ ـ ٥٦.

(١) يحيى بكوش، المرجع السابق ص: ١٦٦ وما بعدها؛ ود. الغوثي بن ملحة، المرجع السابق ص: ٥٨، ٦٠.

(٢) الأمر رقم: ٧٥ ـ ٥٩ المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥م المتضمن القانون التجاري.

التجارية يحدّد طريقة الإطلاع على تلك الدفاتر. كما أن القانون بيّن على سبيل الحصر الحالات التي يتم فيها تقديم الدفاتر التجارية، وذلك في المادة (١٥) من القانون التجاري: «لا يجوز الأمر بتقديم الدفاتر وقوائم الجرد إلى القضاء إلا في قضايا الإرث وقسمة الشركة، وفي حالة الإفلاس»[١].

٥ ـ الدفاتر والأوراق المنزلية:

إن الدفاتر والأوراق التي اعتاد كثير من الناس تدوين مذكراتهم والوقائع الخاصة بهم عليها، لا تعتبر حجة كافية لإثبات حق لصاحبها، وليست لها كذلك إمكانية اعتبارها بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة لصاحبها، تمكنه من إتمام حجته بشهادة الشهود أو القرائن. ولا يتمتع في ذلك القاضي بتوجيه اليمين المتممة، كما هو الحال بالنسبة للدفاتر التجارية حسب ما ورد في نص المادة (٣٣٠) الفقرة (١) من القانون المدني[٢].

وعلى هذا، لم يحرص القانون على بيان كيفية مسك تلك الدفاتر ولا كيفية تقديمها أمام القضاء، واكتفى بإيراد نص وجيز من خلال المادة (٣٣١) من القانون المدني، وفيها: «لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين:

- «إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دَيْناً».
- «إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دوّنه في هذه الدفاتر والأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقّاً لمصلحته»[٣].

---

(١) يحيى بكوش، المرجع السابق ص: ١٦٩ وما بعدها؛ ود. الغوثي بن ملحة، المرجع السابق ص: ٥٩.

(٢) يحيى بكوش، المرجع نفسه ص: ١٧٤ ـ ١٧٥؛ ود. الغوثي بن ملحة، المرجع نفسه ص: ٦٢.

(٣) يحيى بكوش، المرجع نفسه ص: ١٧٥ ـ ١٧٧؛ ود. الغوثي بن ملحة، المرجع نفسه ص: ٦١، ٦٣.

وبناء عليه، فليس من الضروري أن يكون ما دوّنه صاحب الدفاتر والأوراق حاملاً لتوقيعه، بل يكفي أن يكون ذلك بخطّه، وإنّ حجيّة التعبير الصريح المشروط في الحالتين الاستثنائيتين لا يعبّر في الحقيقة إلا عن إقرار ورد بشكل مكتوب[١].

٦ ـ الكتابة الإلكترونية:

يقصد بالكتابة الإلكترونية رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل الكترونية[٢] (الحاسب الآلي)[٣].

ذلك أن التعامل المالي بين الناس لم يعرف ـ حتى عهد قريب ـ سوى السندات المادية والورقية منها على وجه التحديد. فهذه الأخيرة كانت البيئة المعتادة لحمل المعلومات، بيد أن السندات الورقية التقليدية لم تعد ـ نتيجة للتطور التكنولوجي ـ البيئة الوحيدة لحمل المعلومات، فقد ظهرت إلى جانبها بيئة جديدة تشاركها في المهمة وتختلف عنها في

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (ط:٣؛ بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٨م) ٢/ ٢٨٩؛ ويحيى بكوش، المرجع نفسه ص:١٧٧ وما بعدها؛ ود. الغوثي بن ملحة، المرجع نفسه ص: ٦٣.

(٢) د. نسرين محاسنة، «دور الرسالة الإلكترونية في الإثبات في القانون الأردني»، مجلة الحقوق (المنامة: جامعة البحرين، كلية الحقوق، المجلد ٣، العدد ٢، جمادى الآخر ١٤٢٧هـ يوليو ٢٠٠٦م) ص:٣١٦.

(٣) الحاسب الآلي هو جهاز يتلقى بيانات من وحدات إدخال، ويجري عليها عمليات حسابية ومنطقية، ثم يقوم بإرسالها إلى وحدات إخراج، أو تخزينها بالذاكرة. ونعني بوحدات الإدخال مثل: لوحة المفاتيح، أو الماسح الضوئي، ووحدات الإخراج مثل: الشاشة، أو الطابعة. (ينظر: د. عبد الرحمٰن بن عبد الله السند، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية «الحاسب الآلي وشبكة المعلومات: الإنترنيت». ط:١؛ بيروت: دار الوراق، ودار النيرين، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٤م، ص:٢٩).

الطبيعة، وهذه هي البيئة الإلكترونية[1].

وقد يتبادر إلى الأذهان أن الكتابة الإلكترونية تفتقد إلى التوقيع أو البصمة أو الخط المميز ومن ثم يتسرب الشك في محتواها أو في مصدرها، إلا أن هذا التساؤل سرعان ما يفقد مبرره إذا علمنا أن التقنية الحديثة ابتدعت صيغة جديدة للتوقيع تمثلت فيما يسمى بالتوقيع الرقمي، والذي يقوم على تقنية خاصة للتشفير بالأرقام، وقد أريد لهذا التوقيع أن يؤدي في إطار السندات الإلكترونية الدور نفسه الذي يؤديه التوقيع التقليدي؛ فيحقق من جانب نسبة السند إلى من يصدر عنه، فيثبت بذلك هوية الموقِّع، ويثبت من جانب ثانٍ اعتماد الموقِّع المذكور لما جاء في السند من بيانات وإرادته الالتزام بمحتواها[2].

هذا، ولكي تعتبر الرسالة الإلكترونية نسخة أصلية يجب أن تتوفر فيها ثلاثة شروط هي[3]:

١ ـ قابلية المعلومات الواردة في الرسالة الإلكترونية للتخزين والاحتفاظ بها.

٢ ـ ألا يكون للمرسل إليه سلطة ما في تغيير شكل الرسالة الإلكترونية بعد تسلمه لها.

٣ ـ أن تتضمن الرسالة الإلكترونية دلالة تفيد معرفة المنشئ، واليوم والوقت الذي تم فيه إرسال وتسلم الرسالة.

---

(١) د. آلاء يعقوب يوسف، «المسؤولية المدنية لمجهز خدمات التصديق على التوقيع الرقمي تجاه الغير»، مجلة الحقوق (المنامة: جامعة البحرين، كلية الحقوق، المجلد ٣، العدد ١، ذو الحجة ١٤٢٦هـ يناير ٢٠٠٦م) ص: ٣٠٦.

(٢) د. آلاء يعقوب يوسف، المرجع السابق ص: ٣٠٧.

(٣) د. نسرين محاسنة، «دور الرسالة الإلكترونية في الإثبات في القانون الأردني»، المرجع السابق ص: ٣١٧ ـ ٣١٨.

ومما يؤكد أهمية الكتابة الإلكترونية في التوثيق أن عائد استخدام الشبكة العالمية (الإنترنيت)[1] لأغراض التجارة الإلكترونية[2] بلغ عام ١٩٩٩م مبلغ (٣٥٠) مليار دولار، وكان من المتوقع وصوله عام ٢٠٠٤م إلى (٧٠٢) تريليون دولار، كما أن حصة التجارة الإلكترونية من إجمالي التجارة العالمية وصلت إلى أكثر ١٠٪ عام ٢٠٠٢م، ثم إن ٧٠٪ من الشركات العالمية استخدمت آليات التجارة الإلكترونية في معاملاتها عام ٢٠٠٢م[3].

ولضبط أشكال التعامل الإلكتروني وضمان أدائه لمهامه تضافرت الجهود الدولية في خدمة هذا الموضوع حيث صدر القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني عن لجنة الأمم المتحدة (اليونسترال) عام ٢٠٠١م، ويعتبر هذا القانون خطوة من الخطوات التي خطتها لجنة الأمم المتحدة في مجال التجارة الإلكترونية، تلك الخطوات التي بدأت عام ١٩٨٧م بصدور قانون التحويل الإلكتروني للأموال، ثم عام ١٩٩٢م القانون النموذجي للتحويل الدولي للديون، ثم عام ١٩٩٦م و١٩٩٨م القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية[4].

هذا وقد أدرج القانون الجزائري الكتابة الإلكترونية ضمن وسائل

---

(١) الإنترنيت اختصار لعبارة (International Net Work) وتعني الشبكة العالمية، وهي عبارة عن مجموعة كبيرة من أجهزة الحاسب الآلي حول العالم تتبادل المعلومات فيما بينها عبر الهاتف وفق تقنيات خاصة. (د. عبد الرحمٰن السند، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سابق ص:٣٣).

(٢) التجارة الإلكترونية: عملية تبادل السلع والخدمات بغرض الربحية عبر الوسائل الإلكترونية. (د. عبد الرحمٰن السند، المرجع نفسه ص:١١٧).

(٣) د. عبد الرحمٰن السند، المرجع نفسه ص:٦؛ وينظر أيضاً: ص:١١٢ ـ ١١٣.

(٤) د. نسرين محاسنة، «دور الرسالة الإلكترونية في الإثبات في القانون الأردني»، المرجع السابق ص:٣٣٣ ـ ٣٣٤.

الإثبات؛ كالكتابة على الورق، مع شرط التأكد من مصدرها وصحة مضمونها، وذلك من خلال المادة (٣٢٣ مكرر) القانون المدني وفيها: «يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني؛ كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تتضمن سلامتها»،[١] وكذا المادة (٣٢٧ فقرة ٢)، وفيها: «ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة (٣٢٣) مكرر ١».

ثالثاً: موازنة بين النظرين الفقهي والقانوني في اعتماد التوثيق الكتابي للديون:

يظهر مما سبق عرضه بشأن اعتماد الكتابة في التوثيق والإثبات بها أن القانون الوضعي اعتبر الكتابة أقوى الأدلة وأكثرها استعمالاً، وهذا هو الواقع، كما وضعها في المكان الأسمى والدرجة التي لا ينافسها فيها غيرها[٢].

ويظهر ذلك من خلال إيجاب القانون للكتابة دون غيرها في إثبات بعض الحالات؛ كالحقوق التي تزيد عن مبلغ معين، وفضّلها على الوسائل الأخرى عند التعارض؛ لأنها تُعَدُّ مُقَدَّماً عند نشوء التصرف، وقبل قيام النزاع، كما أنها لا تتأثر بمرور الزمن[٣].

---

(١) قانون رقم ٥ ـ ١٠ المؤرخ في ١٣ جمادى الأولى عام ١٤٢٦هـ الموافق ٢٠ يونيو سنة ٢٠٠٥م المعدل والمتمم للأمر رقم ٧٥ ـ ٥٨ المؤرخ في ٢٠ رمضان عام ١٣٩٥هـ الموافق ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٧٥م والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد ٤٤، السنة ٤٢، ٢٦ يونيو ٢٠٠٥م) ص: ٢٤.

(٢) د. محمد الزحيلي، التنظيم القضائي ص: ٤٠٢؛ ويحيى بكوش، أدلة الإثبات ص: ٨٤.

(٣) د. محمد الزحيلي، المرجع نفسه ص: ٤٠٣.

وعلى هذا الأساس تولى القانون تنظيم التوثيق الكتابي وبيَّن ما يتطلبه من سجلات ودواوين، كما أوجد له الدوائر المختصة بشؤونه وما تتطلبه من موظفين مؤهلين لهذا الغرض لضمان صحة الكتابة[1].

والواقع أن تلك الإجراءات القانونية المتعلقة باعتماد الكتابة وضبط مسائلها لا يخرج إجمالاً عن مضمون ما أوردته آية المداينة من سورة البقرة حيث أرشدت إلى اعتماد وسيلة الكتابة، ونبّهت إلى وجوب التزام الحق.

ولئن ذهب القانون الوضعي إلى شيء من التساهل في توثيق الديون التجارية اعتماداً على الائتمان وما جرى عليه العرف في التعامل التجاري، فإن الشريعة أثبتت ذلك نصّاً ولها فضل السَّبق: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ﴾ [البقرة: ٢٨٢][2].

وعلى هذا يظهر لنا توافق القانون الوضعي مع ما جاء في النص القرآني وما انتهى إليه الفقه الإسلامي بشأن التوثيق الكتابي للديون والحقوق، ولئن كان القانون يجدد من حين لآخر النظر في الموضوع ويدعّمه بتعديلات؛ فإنه لا يخرج في عمومه عن كونه تطويراً لما سبق، ويؤكد الحرص على مسايرة ما وصل إليه العلم، وشيوع الكتابة، وتنظيم السجلات والدواوين في الإدارة الحديثة. وهذا كله تدعمه الشريعة التي من أهدافها الوصول إلى الحق والعدالة وتوثيق الحقوق والمحافظة على الأموال العامة والخاصة[3].

---

(١) د. محمد الزحيلي، المرجع السابق ص٤٠٣.
(٢) د. محمد الزحيلي، المرجع نفسه؛ ويحيى بكوش، المرجع السابق ص: ٨٤.
(٣) د. محمد الزحيلي، المرجع نفسه ص: ٤٠٣.

دور التوثيق الكتابي في حماية الديون

قد يتبادر إلى الأذهان أن استخدام الكتابة في المعاملات والتوثيق أمر حديث النشأة، أنتجته المدنية المعاصرة من ضمن ما ابتكرته من وسائل توفير الراحة وتسهيل التعامل بين الأفراد والشعوب. والواقع أن استعمال الكتابة في حفظ العلوم وصيانة الحقوق قديم قدم التاريخ؛ إذ اقترن وجود الكتابة بوجود البشرية على الأرض.

ويؤكد علماء تاريخ النظم القانونية أن الحقوق والقوانين تم تسجيلها مكتوبة منذ مطلع التاريخ واختراع الكتابة، إلا أنه يصعب تحديد زمن ثابت يؤرخ بدء استعمال أول نصّ مكتوب في الحقوق والمعاملات. وقد ورد الأمر بالكتابة في التوراة وفي قوانين حمورابي(١).

كما أثبت المؤرخون بما لا يدع مجالاً للشك من خلال الأدلة المادية استخدام الكتابة عند اليونان والفراعنة والرومان والفرس والأشوريين وغيرهم، ولا تزال آثارهم شاهدة على ذلك بما تحويه من خطوط ورموز ورسومات عبّر من خلالها كاتبوها عن كثير من معاملاتهم ومعايشهم(٢).

ولما أشرقت الأرض بنور الإسلام تبوأت الكتابة مكانة رفيعة، حيث افتتح الوحي المطهّر بقول المولى ﷻ: ﴿اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ ﴿١﴾ خَلَقَ الْإِنسَانَ مِنْ عَلَقٍ ﴿٢﴾ اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ ﴿٣﴾ الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ ﴿٤﴾ عَلَّمَ الْإِنسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ ﴿٥﴾﴾ [العلق: ١ ـ ٥]. وقال سبحانه: ﴿وَإِنَّ عَلَيْكُمْ لَحَافِظِينَ ﴿١٠﴾ كِرَامًا كَاتِبِينَ ﴿١١﴾﴾ [الانفطار: ١٠، ١١]، وقال أيضاً: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا

---

(١) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (٢/ ٤١٩).

(٢) المرجع نفسه (٢/ ٤٢٠).

﴿تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌۢ بِٱلْعَدْلِ ۚ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ ٱللَّهُ ۚ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ...﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ولقد عظم المولى ﷻ شأن الكتابة ونسبها إلى نفسه تعالى، ووصف بها الملائكة الأطهار، والتزمها الأنبياء عليهم الصلاة والسلام في تبليغ دعوة الله تعالى ونشر رسالتها، فكتب سليمان عليه السلام كتابه إلى بلقيس، فقال تعالى: ﴿قَالَتْ يَٰٓأَيُّهَا ٱلْمَلَؤُا۟ إِنِّىٓ أُلْقِىَ إِلَىَّ كِتَٰبٌ كَرِيمٌ ﴿٢٩﴾ إِنَّهُۥ مِن سُلَيْمَٰنَ وَإِنَّهُۥ بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ ﴿٣٠﴾ أَلَّا تَعْلُوا۟ عَلَىَّ وَأْتُونِى مُسْلِمِينَ ﴿٣١﴾﴾ [النمل: ٣٠، ٣١]. وأمر رسول الله ﷺ أصحابه بتعلّم الكتابة، وبتدوين الوحي المطهّر، وكتابة بعض الأحكام الفقهية، كما اتخذ ﷺ كتّاباً للوحي. وأمر باستعمال الكتابة توثيقاً في مواقف متعددة، منها: كتاب الأمان لسراقة بن مالك ليلة الهجرة، وكتابة معاهدة التحالف بين المهاجرين والأنصار واليهود بعد الهجرة النبوية، وكتابة وثيقة صلح الحديبية مع مشركي مكة، وكتابة وثيقة إقطاع لأبي ثعلبة[1]، وتميم الداري[2] في أرض الروم[3].

---

(١) هو أبو ثعلبة الخُشني، صحابي مشهور بكنيته، قيل اسمه جرثوم وقيل غير ذلك، واختلف في اسم أبيه أيضاً، توفي سنة ٧٥هـ وقيل في أول خلافة معاوية بعد الأربعين. (ابن حجر، تقريب التهذيب ص:٥٥٣).

(٢) هو تميم بن أوس بن خارجة الداري، أبو رقية، صحابي مشهور، سكن بيت المقدس بعد مقتل سيدنا عثمان رضي الله عنه، قيل توفي سنة ٤٠هـ. (ابن حجر، المرجع نفسه ص:٦٩).

(٣) محمد بن أبي بكر الزرعي المعروف بابن القيم ت٧٥١هـ، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، وعبد القادر الأرناؤوط (ط:١٤؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، والكويت: مكتبة المنار الإسلامية، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٦م) ١/ ٢٩ ـ ٣٠؛ و(٣/ ٦٠ ـ ٦١)؛ ود. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (٢/ ٤٢١).

وعلى درب النبوة سار الخلفاء الراشدون والأمراء والعلماء حيث استعملوا الكتابة في توثيق الحقوق، وزاد استعمالهم لها مع اتساع رقعة الدولة وانتشار العلوم والمعارف، فخلّفوا لنا رصيداً ضخماً من الوثائق المكتوبة في مختلف العلوم.

وعلى هذا اعتبرت الكتابة من أبرز مظاهر التقدم والرقي الاجتماعي، إذ تمثل مستوى رفيعاً في نهضة الأمم والشعوب؛ لأنها أكثر الوسائل فعالية في التعليم وتسجيل الأفكار ونقلها، كما أنها توفر الوقت والجهد في عمليات التنظيم والضبط، وهي كذلك الطريقة المثلى للحفظ والتثبت للحقوق والمعاملات.

ولعلّ سؤالاً وجيهاً يتبادر إلى الأذهان ـ بعد تقرير ما سبق ـ كيف يختلف الفقهاء بشأن حجية الكتابة المجرّدة؟

الحقيقة أن اعتراض الفقهاء لا يتوجه للكتابة من حيث كونها كتابة ثابتة مؤكدة، وإنما من حيث ظروف كتابتها وإحكامها، حيث تدخّلت عوامل عدّة جعلت منزلة الكتابة لديهم في المحل الثاني بعد الشهادة، **ولعل أهم المبررات التي دفعتهم إلى هذا الاختيار ما يلي:**

أ ـ قلة التعليم، وندرة انتشار الكتابة؛ ففي حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**إِنَّا أُمَّةٌ أُمِّيَّةٌ لَا نَكْتُبُ وَلَا نَحْسُبُ، الشَّهْرُ هَكَذَا وَهَكَذَا**»؛ يعني: مرَّة تسعة وعشرين ومرة ثلاثين[1]. والمقصود بالأمة: العرب؛ وقيل لهم أميون لأن الكتابة كانت فيهم نادرة، حيث تجلى اهتمامهم وبراعتهم في الحفظ والاستذكار، فأطلق عليهم وصف أميين اعتباراً للغالب[2].

---

(١) متفق عليه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الصوم، باب قول النبي ﷺ: «**لا نكتب ولا نحسب**» (٢/ ٦٧٥)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب الصيام، باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال (٢/ ٧٦١).

(٢) د. محمد الزحيلي، المرجع السابق (٢/ ٤٣٢ ـ ٤٣٣).

ب ـ ظهور التمسك بقواعد وأحكام الإسلام وأخلاق القرآن، فقد كان الناس في منتهى الحرص على التمسك بأحكام دينهم والتزام الصدق في مختلف معاملاتهم، وتحري الحق ولو على أنفسهم، ومن ثم كانت معاملاتهم يسودها الاستقرار، وحقوقهم محفوظة من كل سوء[١].

جـ ـ البساطة في التعامل التجاري وغيره، وسهولة ويسر تبادل المنافع؛ مما جعل الاهتمام بالكتابة أمراً ثانوياً لا تدعو الحاجة إليه، ولا تتطلبه طبيعة التعامل القائم بينهم على الائتمان[٢].

د ـ اعتبار كثير من الفقهاء الكتابة جزءاً من الإقرار، ومن ثم لم يخصصوا لها فصلاً مستقلاً في المصنفات الفقهية[٣].

أما في العصور المتأخرة فقد تورّع الفقهاء بشأن اعتماد الكتابة نظراً لانتشار الفساد، وكثرة التزوير، وضعف الأخلاق؛ فأدّى ذلك كله إلى إضعاف شأن الكتابة، وتقليل الاعتماد عليها في الإثبات احتياطاً وتورّعاً[٤].

أما في العصر الحديث فإن الكتابة عادت لها مكانتها، وأصبحت أهم وسيلة في الإثبات، وجرى العرف على ذلك. وتم تلافي النقائص والمآخذ السابقة حول اعتماد الكتابة في توثيق الحقوق، فقد تقدمت وسائل كشف التزوير ومضاهاة الخطوط، حتى أصبحت فناً قائماً بذاته، وأحكمت شروط الكتابة وكيفيتها بما لا يدع للنزاع مدخلاً[٥].

---

(١) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (٢/ ٤٣٣).
(٢) المرجع نفسه.
(٣) المرجع نفسه.
(٤) المرجع نفسه (٢/ ٤٢١).
(٥) المرجع نفسه.

* أهداف اعتماد الكتابة في توثيق الديون:

هذا، وإن اعتماد الكتابة في توثيق الديون يحقق أهدافاً كثيرة منها[1]:

١ ـ صيانة الأموال؛ حيث أمر الله تعالى بحفظها ونهى عن إضاعتها فقال: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ. . .﴾ [البقرة: ١٨٨]. وتدوين الحقوق وسيلة مهمة لحفظ الأموال في مختلف الظروف والأحوال.

٢ ـ قطع المنازعة؛ فالوثيقة المكتوبة تصير حكَماً بين المتعاملين يسهل الرجوع إليها عند الاختلاف أو التنازع، وهذا يؤدي إلى إخماد نار الفتنة، ويحول دون جحود أحدهما حق الآخر؛ لأن الوثيقة خير شاهد فيكون في إظهارها كشف لعدوانه فيفتضح أمره بين الناس.

٣ ـ التوجيه إلى تصحيح العقود والبعد عما يفسدها؛ إذ كثيراً ما يغفل المتعاقدان أو لا يهتديان إلى الأسباب المؤدية إلى فساد العقد، فلا يتمكنا من التيقن بصحة المعاملة، لكن التوثيق قد يفتح لهما مجالاً للاستشارة بأن يوجههما الكاتب الموثِّق إلى تصحيح تلك العقود.

٤ ـ رفع الشك والارتياب؛ فقد يشتبه على المتعاملين إذا تطاول الزمان مقدار الدَّين، وكذا مدّة الأجل، مما قد يفضي إلى الخلاف؛ وإذا رجعا إلى الوثيقة المكتوبة فلا يبقى لأي منهما ريبة. وكذا بعد الموت إذ كثيراً ما يحدث شك الورثة في ثبوت الحقوق في ذمّة مورِّثهم، لكن الوثيقة البيِّنة تزيل الإشكال، وترفع الرَّيب والشكَّ من النفوس.

وعلى هذا كان لكتابة الديون إلى آجالها أهمية كبيرة أكّد عليها المولى ﷻ، وبيَّن طريقة الكتابة والإملاء، وحث على التزام العدل.

---

(١) السرخسي، المبسوط (٣٠/١٦٨).

ذلك أن الديون إذا تأخرت فيها المطالبة وطال الأجل صارت عرضة للنسيان، وقد يصل الأمر إلى الجحود والإنكار عند الذين ابتلوا بضعف التديّن وقلّة الأمانة، وكذا في حالات المرض والموت ونحوهما؛ وعليه صارت الكتابة كالسبب لحفظ المال من الجانبين؛ لأن الدائن إذا علم أنّ حقَّه قد تمَّ تقييده بالكتابة، فإنه يحذر من أن يطلب الزيادة، أو يقدِّم المطالبة قبل حلول الأجل، وكذا المدين إذا عرف ذلك فإنه يحذر من الجحود، ويرتِّب حاله في تحصيل المال، حتى يتمكن من أداء الدَّين وقت حلول أجله[1].

هذا، وإن الكتابة لها ميزة خاصة في توثيق الديون فهي تعدّ مسبقاً منذ نشأة الحق، كما أنها الوسيلة الوحيدة التي تضمن حفظ آثار المعاملات في المستقبل، وهي صلة الوصل بين حقوق الآباء والأبناء، وهي الضمان لحفظ الحقوق من الهلاك، وصيانتها من الضياع، وضبط التصرفات من التغيير. ولا تقوم مقامها الشهادة ولا تغني عنها، لاحتمال الطوارئ الكثيرة على الشهود؛ كالنسيان والجنون والعته والمرض والموت[2]. وعلى العموم فالكتابة من أهم وسائل حفظ الحقوق واطمئنان صاحبها عليها.

وإن الذي ينظر في الرصيد الفقهي الذي سجله الفقهاء بشأن اعتماد الكتابة في الإثبات فإنه يتوصّل إلى أنه لا يقلّ شأناً عما جاء به القانون في ضبطه لمسائل التوثيق الكتابي، ولا يجد أي حرج في تدعيم اعتماد الأوراق الرسمية ونظام التسجيل المطبَّق قانوناً، إذ هو قريب الشّبه بالمحاضر والسجلات التي بحثها الفقهاء واعتمدوها، بل إن ما توصّل

---

(١) ينظر: ابن العربي، أحكام القرآن (١/ ٢٤٧)؛ والسعدي، تيسير الكريم الرحمٰن (١/ ٢٠٨).

(٢) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (٢/ ٤٣٥).

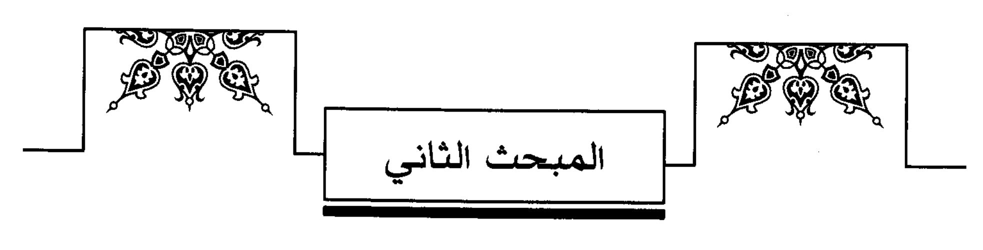
إليه القانون المعاصر هو تطوير لها واقتباس منها مع التنظيم والتدقيق والتمحيص المتفق مع تقدم العصر. وهو تغيير في الشكل والتنظيم، وقد صرّح الفقهاء بأنه: «لا يُنكَر تغيّر الأحكام بتغيّر الأزمان»، والشريعة تقوم على رعاية مصالح الناس في العاجل والآجل، ولا نحسب أن أحداً يُسوِّغ إنكار أهمية الكتابة وفائدتها ومحاسنها(١).

والذي يؤدي إلى تغيّر الأحكام الاجتهادية أمران، أولهما: تغيّر الأحكام لفساد الزمان، وثانيهما: تغيّر الأحكام الاجتهادية لتطور الوسائل والأوضاع. والظاهر أن هذين العاملين متوفران في مسألة استعمال الكتابة، فقد كان جلّ الاعتماد في الإثبات على الشهود، ثم غلب التغير في أخلاق الناس، وشاعت شهادة الزّور، كما حدث تطور كبير في أشكال التعامل بين الناس، وتدخّلت الدولة وفرضت أشكالاً من التسجيل التوثيقي للمعاملات، ووضعت دواوين خاصة لحفظ الحقوق وضبط التعامل بما يوجب ضرورة الاعتماد على الكتابة في القضاء وفي معرفة الحق الثابت للناس(٢).



(١) ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين (٣/ ١٤)؛ ود. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (٢/ ٤٣٤).

(٢) د. محمد الزحيلي، المرجع نفسه.



الإشهاد ودوره في حماية الديون

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الإشهاد وبيان حكمه.

المطلب الثاني: شروط الإشهاد ومراتب الشهادة على الأموال.

المطلب الثالث: دور الإشهاد في حماية الديون.

ο ο ο ο ο

المطلب الأول

تعريف الإشهاد وبيان حكمه

وسوف نبين مضمون هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين:

*** الفرع الأول: تعريف الإشهاد**

أ ـ الإشهاد في اللّغة:

مصدر أشهد، بمعنى طلب تحمل الشهادة، تقول: أشهدتُ فلاناً على كذا فشهد عليه؛ أي: صار شاهداً. وقد تكون الشّهادة دون سبق إشهادٍ، حيث تحصل بطلبٍ أو دونه[1].

---

(١) ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة (٣/ ٢٢١)؛ والرازي، مختار الصحاح ص:٢٢٦؛ والفيومي، المصباح المنير (١/ ٣٢٤)؛ وابن منظور، لسان العرب (٣/ ٢٤٩ ـ ٢٤٠)؛ والنسفي، طلبة الطلبة ص:١٦٨ ـ ١٦٩؛ والراغب =

وللشهادة في اللغة استعمالات متعددة منها:

- الحضور، كما في قوله تعالى: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥]؛ بمعنى: من حضر رمضان ولم يسافر، وقوله: ﴿إِنَّ قُرْءَانَ ٱلْفَجْرِ كَانَ مَشْهُودًا﴾ [الإسراء: ٧٨]؛ أي: صلاة الفجر تحضرها الملائكة(١).

- الخبر البيِّن الذي يفيد القطع واليقين، ومنه قوله تعالى: ﴿شَهِدَ ٱللَّهُ أَنَّهُۥ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ...﴾ [آل عمران: ١٨]؛ أي: بَيَّنَ وأعْلَمَ. وقوله أيضاً: ﴿وَمَا شَهِدْنَآ إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا﴾ [يوسف: ٨١].

- الموت في سبيل الله، كما في قوله تعالى: ﴿وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ فَأُوْلَٰٓئِكَ مَعَ ٱلَّذِينَ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِم مِّنَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ وَٱلصِّدِّيقِينَ وَٱلشُّهَدَآءِ وَٱلصَّٰلِحِينَ ۚ وَحَسُنَ أُوْلَٰٓئِكَ رَفِيقًا ﴿٦٩﴾﴾ [النساء: ٦٩].

- كلمة التوحيد، وهي قول: «أشهد ألا إلـه إلا الله وأن محمداً رسول الله»، وتسمى بالشهادتين.

- العلانية، كما في قوله تعالى: ﴿عَٰلِمُ ٱلْغَيْبِ وَٱلشَّهَٰدَةِ ۚ وَهُوَ ٱلْحَكِيمُ ٱلْخَبِيرُ﴾ [الأنعام: ٧٣].

- المعاينة، كما في قوله تعالى: ﴿وَجَعَلُواْ ٱلْمَلَٰٓئِكَةَ ٱلَّذِينَ هُمْ عِبَٰدُ ٱلرَّحْمَٰنِ إِنَٰثًا ۚ أَشَهِدُواْ خَلْقَهُمْ ۚ سَتُكْتَبُ شَهَٰدَتُهُمْ وَيُسْـَٔلُونَ ﴿١٩﴾﴾ [الزخرف: ١٩].

- القَسَم واليمين، كما في قوله تعالى: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾ [النور: ٦].

- الإقرار، كما في قوله تعالى: ﴿مَا كَانَ لِلْمُشْرِكِينَ أَن يَعْمُرُواْ مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ شَٰهِدِينَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِم بِٱلْكُفْرِ ۚ...﴾ [التوبة: ١٧].

= الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن ص: ٢٧١ ـ ٢٧٣، كلهم في مادة: «ش هـ د».

(١) الدامغاني، قاموس القرآن ص: ٢٧٠.

هذا، ولما كان الإشهاد يعني طلب تحمل الشهادة، فإنه لا يتحقق إلا بالحضور ـ وهو المعنى الأول من معاني الشهادة ـ ويهدف إلى تحمّل الخبر البيِّن الذي يفيد اليقين ـ وهو المعنى الثاني ـ.

وعلى هذا فإن قول المولى ﷻ: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]؛ يعني: إحضارهما عند إبرام العقد بهدف الإطلاع على الشيء عياناً؛ مما يمكّنهما في المستقبل من الشهادة التي تتضمن الإخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان[١].

ب ـ الإشهاد في الاصطلاح:

إذا كان الإشهاد لغة يعني طلب تحمّل الشهادة، فإن عبارات الفقهاء في بيان المعنى الاصطلاحي للشهادة متعددة. وسوف نعرض لأهم التعريفات الواردة في المذاهب الفقهية:

١ ـ تعريف الحنفية:

عرّف الحنفية الشهادة بأنها: «إخبارُ صدقٍ لإثبات حقٍّ بلفظ الشهادة في مجلس القضاء»[٢].

٢ ـ تعريف المالكية:

عرّف المالكية الشهادة بصيغ مختلفة، أهمها ما أورده ابن عرفة[٣]، حيث يقول بشأنها: «قَوْلٌ هُوَ بِحَيْثُ يُوجِبُ عَلَى الحَاكِمِ سَمَاعُهُ الحُكْمَ

---

(١) ينظر: الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن ص:٢٧١؛ والمناوي، التعاريف ص:٤٤٠.

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير (٧/ ٣٦٤).

(٣) هو محمد بن محمد بن عرفة الورغمي، إمام تونس وعالمها وخطيبها ومفتيها، ولد عام ٧١٦هـ، كان من فقهاء المالكية، تصدى للدرس بجامع تونس وانتفع به خلق كثير توفي سنة ٨٠٣هـ، من تصانيفه: المبسوط، والحدود. (التنبكتي، كفاية المحتاج ٢/ ٩٩ ـ ١٠٨).

بِمُقْتَضَاهُ إِنْ عُدِّلَ قائلُهُ مَعَ تَعَدُّدِهِ أَوْ حَلَفِ طَالِبِهِ»[1].

٣ ـ تعريف الشافعية:

عرّف الشافعية الشهادة بأنها: «الإِخْبَارُ بِحَقٍّ لِلْغَيْرِ عَلَى الغَيْرِ بِلَفْظِ أَشْهَدُ»، وقال بعضهم: «هي إِخْبَارٌ عَنْ شَيْءٍ بِلَفْظٍ خَاصٍ»[2].

٤ ـ تعريف الحنابلة:

عرّف الحنابلة الشهادة بأنها: «الإِخْبَارُ بِمَا عَلِمَهُ بِلَفْظٍ خَاصٍ»[3].

○ مناقشة التعريفات:

١ ـ مناقشة تعريف الحنفية:

يؤخذ على تعريف الحنفية للشهادة أنه تضمّن ذكر الشروط، مع أن التعريف يهدف إلى بيان الحقيقة التي تميِّز الشيء المعرَّف عن غيره، ومن ثم لا تدخل الشروط في التعريف[4].

٢ ـ مناقشة تعريف المالكية:

ويؤخذ على تعريف ابن عرفة (ت٨٠٣هـ) من المالكية من عدّة وجوه، أهمها ما يلي:

ـ تعريف الشهادة بالأثر المترتب عليها من وجوب سماعها والحكم بمقتضاها.

ـ ذكر الشروط الواجب توفرها في الشهادة مثل: العدالة أو التعدد أو اليمين.

---

(١) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٥٨٢).

(٢) ينظر: محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (ط:١؛ بيروت: دار الفكر، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠١م) ص:٦١٢، ٦٣١.

(٣) البهوتي، الروض المربع (٢/ ٣٧٣)؛ وشرح منتهى الإرادات (٣/ ٥٧٥)؛ وكشاف القناع (٦/ ١٢٥).

(٤) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (١/ ١٠٢).

ـ دخول غير الشهادة في التعريف؛ فالإقرار قول يجب على الحاكم سماعه والحكم بمقتضاه. والتعريف يجب أن يكون مانعاً بحيث لا يدخل فيه غير المعرَّف.

ـ عرّف الشهادة بأنها قول مما يفيد عدم اشتراط لفظ «أشهد»، وهو مذهب المالكية في عدم تقييد الشهادة بصيغة محددة، بخلاف بقية المذاهب، إذ المدار عند المالكية في أداء الشهادة على حصول العلم؛ كقول الشاهد: رأيت، أو سمعت ونحو ذلك[١].

ـ وجود دور في التعريف؛ لأن الحكم بافتقاره للتعدد فرع عن كونه شهادة[٢].

٣ ـ مناقشة تعريف الشافعية:

ومما يؤخذ على تعريف الشافعية للشهادة أنه غير مانع؛ حيث يدخل فيه كل من الإقرار والدّعوى، إذ كل منهما إخبار عن شيء بلفظ مخصوص[٣].

٤ ـ مناقشة تعريف الحنابلة:

ويؤخذ على تعريف الحنابلة ـ أيضاً ـ للشهادة كونه غير مانع فيدخل فيه الإقرار فهو إخبار بما يعلمه بحقٍّ لغيره على نفسه بلفظ يدلّ عليه، ويدخل فيه الدّعوى وهي إخبار بحقٍّ له على غيره بلفظ تُفهم منه[٤].

هذا، والذي يتبين من خلال التعريفات الفقهية السابقة للشهادة أن

---

(١) ابن فرحون، تبصرة الحكام (١/ ٢٦٢)؛ والعدوي، حاشية العدوي (٧/ ١٧٥)؛ ود. محمد الزحيلي، المرجع السابق (١/ ١٠٢).

(٢) الحطاب، مواهب الجليل (٦/ ١٥١)؛ وعليش، منح الجليل (٤/ ٢١٥)؛ ود. محمد الزحيلي، المرجع نفسه (١/ ١٠٣).

(٣) د. محمد الزحيلي، المرجع نفسه (١/ ١٠٤).

(٤) المرجع نفسه (١/ ١٠٥).

هناك قدراً مشتركاً اتفق عليه الجميع في بيان معنى الشهادة، وهو أنها إخبار الغرض منه إثبات حقٍّ للغير.

وإن هناك جملة من القيود تباينت آراء الفقهاء بشأنها؛ فقد ذهب البعض إلى تقييد الشهادة بمجلس القضاء وهو ظاهر في تعريف كل من الحنفية والمالكية. وذهب آخرون إلى تقييدها بلفظ «أشهد» أو «شهدتُ»، كما عند الحنفية والشافعية والحنابلة[1].

○ **التعريف المختار:**

بعد عرض جملة من التعريفات الفقهية للشهادة، وبيان بعض المآخذ الموجهة إلى صياغتها، فإنه يمكن اختيار تعريف للشهادة بأنها: إخبار الشخص عن علمه بحقٍّ لغيره على غيره بلفظ مخصوص.

والظاهر أن هذا التعريف جامع مانع؛ لأنه يفرِّق بين الشهادة والإقرار والدعوى والرواية؛ فالإقرار هو إخبار الشخص بحقٍّ لغيره على نفسه، والدَّعوى إخبار الشخص بحقٍّ لنفسه على غيره، والشهادة إخبار الشخص بحقٍّ لغيره على غيره، والرواية إخبار بموضوع عام لا يتعلق بالضرورة بشخص بذاته.

هذا وإن الحكم يتضمن إخبار الشخص أمام القاضي بحقٍّ لغيره على غيره، فأضفنا كلمة «عن علمه» ليتضح المقصود وأنه الشهادة لا الحكم، وكذا عبارة «بلفظ مخصوص» ليدخل في التعريف ما اختاره الجمهور من اشتراط كلمة «أشهد» أو «شهدت»، أو ما رجّحه المالكية من اختيار أي لفظ يدلّ على الغرض ويفي بالمقصود.

جـ ـ الإشهاد في القانون:

لم يرد في القانون أيّ تعريف للشهادة[2]، كما أن شراح القانون

---

(١) د. محمد الزحيلي، المرجع السابق (١/ ١٠٥).

(٢) د. الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ص:٦٦.

نادراً ما تناولوا تعريفها، ومن عرّفها منهم فلا يخرج تعريفه عن تعريف الفقهاء إن لم يكن مقتبساً منهم[1].

ومن أهم تعريفات علماء القانون للشهادة ما يلي:

١ ـ هي سماع أقوال أشخاص بصدد إثبات وقائع قانونية معينة أو نفيها[2].

٢ ـ هي إخبار شخص من غير أطراف الخصومة أمام القضاء بصدور واقعة من غيره تثبت حقّاً لشخص آخر أو تنشئ التزاماً على الغير[3].

٣ ـ هي إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحقٍّ على غيره لغيره[4].

د ـ موازنة بين النظرين الفقهي والقانوني في تعريف الشهادة:

من خلال عرض جملة من تعريفات الفقهاء للشهادة، وبعض تعريفات علماء القانون لها يتضح لدينا ما يلي[5]:

ـ توافق النظرين الفقهي مع القانوني بشأن النص على مجلس القضاء، وهو شرط في الشهادة إلا أنه لا ينبغي دخوله في التعريف كما سبق بيانه.

---

(١) د. محمد الزحيلي، المرجع السابق (١/ ١١٣).

(٢) د. محمدي فريدة ـ زواوي، المدخل للعلوم القانونية: نظرية الحق (لا. ط؛ الجزائر: المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية بالرغاية، ٢٠٠٠م) ص: ١٧٢.

(٣) ينظر: د. محمد حسين منصور، قانون الإثبات (لا. ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٢م) ص: ١٣٠؛ ود. همام محمد زهران، أصول الإثبات (لا. ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٢م) ص: ٤٣٧.

(٤) د. نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية (لا. ط؛ الإسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٠م) ص: ١٧٠.

(٥) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (١/ ١١٣ ـ ١١٤).

ـ توافق النظر القانوني مع ما ذهب إليه المالكية بشأن إغفال ذكر لفظ الشهادة في التعريف، وهذا اتجاه قانوني حديث بعدم تقييد الشهادة بقيود شكلية معينة.

ـ اقتصار النظر القانوني في محل الشهادة على الواقعة، في حين جعل الفقه محل الشهادة هو الحق.

* الفرع الثاني: حكم الإشهاد والشهادة على الديون

أولاً: حكم الإشهاد على الديون

الإشهاد على الديون حكمه حكم الإشهاد على البيع عند الحنفية والشافعية. وعند المالكية سائر الحقوق والمداينات كالبيع يسنّ الإشهاد فيها إن لم يتعلق بها حقٌّ للغير، فإن كان فيها حقٌّ للغير فيكون الإشهاد واجباً، وكذا إن لم يتعلق بها حقٌّ للغير وطلب الإشهاد أحد المتعاقدين(١).

قال القرطبي (ت٦٧١هـ) عقب إيراد قول الله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْۖ﴾ [البقرة: ٢٨٢]: «الاستشهاد طلب الشهادة، واختلف الناس هل هي فرض أو ندب، والصحيح أنه ندب»(٢).

والإشهاد على العقود أقطع للنزاع، وأبعد عن التجاحد، لذلك ذهب عامة الفقهاء إلى القول بأنه ينبغي الإشهاد على البيوع، إلا أنهم اختلفوا في حكمه التكليفي، ولهم في ذلك ثلاثة أقوال هي:

القول الأول: الإشهاد على البيوع مندوب إليه:

عند الجمهور(٣): ....

(١) نخبة من العلماء، الموسوعة الفقهية (٥/ ٢٣).

(٢) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٣٨٩).

(٣) ينظر: د. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات ص:٩٨ ـ ٩٩؛ ود. علي أحمد السالوس، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر ـ سلسلة إصدارات مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا (١٤) (ط:١؛ بيروت: مؤسسة الريان، =

الحنفية[1]، والمالكية[2]، والحنابلة[3]، وهو ما جاء في بعض كتب الشافعية[4]، كما أنه مروي عن الشعبي (ت١٠٣هـ)، والحسن البصري (ت١١٠هـ) وغيرهما[5].

القول الثاني: الإشهاد على البيوع جائز:

وهو قول للشافعية[6].

قال الفخر الرازي[7]: «فإنه لا ينقُصُ الثوابُ بترك الإشهاد في المداينات، ولا يزيدُ بفعله»[8]. وقال الآمدي (ت٦٣١هـ): «وهو قريب من الندب، لاشتراكهما في طلب تحصيل المصلحة، غير أنّ الندب لمصلحةٍ أخروية، والإرشاد لمصلحة دنيوية»[9].

= ومصر: مكتبة دار القرآن، وقطر: دار الثقافة، ١٤٢٥هـ ـ ٢٠٠٤م) ١/ ٣٢.

(١) الجصاص، أحكام القرآن (١/ ٤٨١).

(٢) ابن رشد الجد، المقدمات (٢/ ٢٧٦).

(٣) عبد القادر بن بدران الدمشقي ت١٣٤٦هـ، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي (ط:٢؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٠١هـ ـ ١٩٨١) ص:١٠٢.

(٤) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير (٥/ ٥٠)؛ ويحيى بن محمد بن هبيرة ت٥٦٠هـ، الإفصاح عن معاني الصحاح (لا.ط؛ سوريا: المكتبة الحلبية ـ حلب، ١٣٦٦هـ) ٢/ ٣٥٦؛ ونخبة من العلماء، الموسوعة الفقهية (٥/ ٢٢)؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٣٨٠.

(٥) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٤٠٣).

(٦) نخبة من العلماء، الموسوعة الفقهية (٥/ ٢٢).

(٧) محمد بن عمر بن الحسين الرازي، فخر الدين، أبو عبد الله، ولد عام ٥٤٤هـ بالري واليه نسبته، وأصله من طبرستان، فقيه وأصولي شافعي، متكلم، نظار، مفسر، أديب، مشارك في أنواع من العلوم، توفي سنة ٦٠٦هـ، اشتهرت مصنفاته في الآفاق وأقبل الناس على الاشتغال بها ومنها: معالم الأصول، والمحصول. (ابن هداية الله، طبقات الشافعية ص:٢١٦ ـ ٢١٨).

(٨) الرازي، المحصول (٢/ ٥٨).

(٩) الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام (٢/ ١٦٠).

القول الثالث: الإشهاد على البيوع واجب:

وهذا القول مرويّ عن عدد من الصحابة والأئمة، منهم: أبو موسى الأشعري رضي الله عنه، وعبد الله بن عمر رضي الله عنهما، والضحاك بن مزاحم (ت١٠٥هـ)، وسعيد بن المسيب (ت٩٤هـ)، وجابر بن زيد (ت٩٣هـ)، ومجاهد[(١)]، وداود بن علي[(٢)] والطبري (ت٣١٠هـ)[(٣)].

قال عطاء بن أبي رباح (ت١١٥هـ): «أشهد إذا بعت وإذا اشتريت بدرهم، أو نصف درهم، أو ثلث درهم، أو أقل من ذلك»[(٤)].

الأدلة:

أ ـ أدلة القول الأول:

استدل الجمهور القائلون بأن الإشهاد في البيوع مندوب بقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ . . .﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وحملوا الآية الكريمة على الندب، والذي دفعهم إلى صرف الأمر الوارد من الوجوب إلى الندب أمور عدّة منها:

---

(١) هو مجاهد بن جبر، أبو الحجاج المخزومي، مولاهم، تابعي كبير، شيخ القراء والمفسرين، لازم عبد الله بن عباس وأخذ عنه القرآن والتفسير والفقه، وروى عن كثير من الصحابة، توفي سنة ١٠٠هـ. (ابن حجر، تهذيب التهذيب ١٠/ ٤٢؛ وابن العماد، شذرات الذهب ١/ ١٢٥)؛ والزركلي، الأعلام ٦/ ١٦١).

(٢) هو داود بن علي خلف الأصبهاني، أبو سليمان أحد الأئمة المجتهدين، ولد بالكوفة عام ٢٠١هـ، تنسب إليه الظاهرية؛ سميت بذلك لأخذها بظاهر الكتاب والسُّنَّة وإعراضها عن التأويل والرأي والقياس، وكان داود أول من جهر بهذا القول، سكن بغداد وانتهت إليه رئاسة العلم بها توفي سنة ٢٧٠هـ. (الزركلي، الأعلام ٣/ ٨).

(٣) الطبري، جامع البيان (٣/ ١١٨)؛ والقرطبي، المرجع السابق (٣/ ٤٠٢)؛ والكيا الهراسي، أحكام القرآن (١/ ٢٣٧).

(٤) القرطبي، المرجع السابق (٣/ ٤٠٢).

ـ ما روي أن النبي ﷺ اشترى طعاماً بنسيئة ورهن درعاً له[1]، واشترى من رجل سراويل[2]، ومن أعرابي فرساً فجحده الأعرابي حتى شهد له خزيمة بن ثابت[3]. ولم يُنقل في ذلك كله أن النبي ﷺ أشهد. كما أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يتبايعون في عصره ﷺ في الأسواق فلم يثبت أنه أمرهم بالإشهاد ولا نقل عنهم فعله[4].

ـ إن الإشهاد إنما جُعل للطمأنينة، وذلك أن الله تعالى جعل لتوثيق الدَّين طرقاً، منها الكتاب، ومنها الرهن، ومنها الإشهاد. ولا خلاف بين العلماء في أن الرهن مشروع بطريق الندب لا بطريق الوجوب؛ فيعلم من ذلك مثله في الإشهاد. وما زال الناس يتبايعون حضراً وسفراً، وبَرّاً وبحراً، وسهلاً وجبلاً من غير إشهاد مع علم الناس بذلك من غير نكير؛ ولو وجب الإشهاد ما تركوا النَّكير على تاركه[5].

---

(١) حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ اشترى طعاماً من زفر إلى أجل ورهنه درعاً من حديد. أخرجه الشيخان: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب شراء النبي ﷺ بالنسيئة (٢/ ٧٢٩)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب المساقاة، باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر (٣/ ١٢٢٦).

(٢) أخرجه من حديث سويد بن قيس رضي الله عنه: النسائي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالذهب والذهب بالفضة (٤/ ٣٥)؛ وابن ماجه، السنن، كتاب التجارات، باب الرجحان في الوزن (٢/ ٧٤٨)؛ وأحمد، المسند (٤/ ٣٥٢)؛ والبيهقي، السنن الكبرى (٦/ ٣٢ ـ ٣٣)؛ والدارمي، سنن الدارمي (٢/ ٣٣٨)؛ وابن أبي شيبة، المصنف (٥/ ١٧١)؛ والحاكم، المستدرك على الصحيحين (٢/ ٣٥ ـ ٣٦) وقال: «صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه».

(٣) حديث سبق تخريجه.

(٤) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٤٠٣ ـ ٤٠٥)؛ نخبة من العلماء، الموسوعة الفقهية (٥/ ٢٢).

(٥) القرطبي، المرجع نفسه (٣/ ٤٠٤).

قال الجصاص (ت٣٧٠هـ): «ولا خلاف بين فقهاء الأمصار أن الأمر بالكتابة والإشهاد والرهن المذكور جميعه في هذه الآية ندب وإرشاد إلى ما لنا فيه الحظ والصلاح والاحتياط للدين والدنيا، وأنّ شيئاً منه غير واجب. وقد نقلت الأمة خَلَفـ[ـاً] عن سلف عقود المداينات والأشرية والبياعات في أمصارهم من غير إشهاد مع علم فقهائهم بذلك من غير نكير منهم عليهم، ولو كان الإشهاد واجباً لما تركوا النكير على تاركه مع علمهم به. وفي ذلك دليل على أنهم رأوه ندباً، وذلك منقول من عصر النبي ﷺ إلى يومنا هذا...»[1].

وقال الكيا الهراسي (ت٥٠٤هـ): «لا خلاف بين علماء الأمصار، أن الرهن مشروع بطريق الندب لا بطريق الوجوب، فيعلم من ذلك مثله في الإشهاد»[2].

وقال ابن العربي (ت٥٤٣هـ): «والظاهر الصحيح أن الإشهاد ليس واجباً، وإنما الأمر به أمرُ إرشادٍ للتوثق والمصلحة، وهو في النسيئة محتاجٌ إليه لكون العلاقة بين المتعاقدين باقية، توثّقاً لما عسى أن يطرأ من اختلاف الأحوال وتغيّر القلوب»[3].

وقال أيضاً في تفسير قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَـٰنَتَهُۥ﴾...: «معناه إن أسقط الكتابَ والإشهاد والرهن، وعوّل على أمانة المعامل فليؤدِّ الذي ائتُمن الأمانة وليتَّق الله ربه.. ولو كان الإشهاد واجباً لما جاز إسقاطه.. وجملة الأمر أن الإشهاد حزم، والائتمان وثيقةٌ بالله من المداين ومروءة من المدين»[4].

---

(١) الجصاص، أحكام القرآن (١/ ٤٨٢).
(٢) الكيا الهراسي، أحكام القرآن (١/ ٢٣٨).
(٣) ابن العربي، أحكام القرآن (١/ ٢٥٨).
(٤) المرجع نفسه (١/ ٢٦٢).

ب ـ أدلة القول الثاني:

استند القائلون بجواز الإشهاد إلى أن الأمر الوارد في الآية الكريمة: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ...﴾ [البقرة: ٢٨٢] هو أمر للإرشاد، لا ثواب فيه إلا لمن قصد الامتثال(١).

وأوضح التاج السبكي(٢) هذه المسألة قائلاً: «والفرق بين الندب والإرشاد: أن المندوبَ مطلوبٌ لثواب الآخرة، والإرشاد لمنافع الدنيا، ولا يتعلّق به ثوابٌ البتة؛ لأنه فعلٌ متعلِّقٌ بغرض الفاعل ومصلحة نفسه. وقد يقال: إنه يُثاب عليه لكونه ممتثلاً، ولكنْ يكون ثوابُهُ أنقصَ من ثواب الندب؛ لأن امتثاله مشوبٌ بحظِّ نفسه. ويكون الفارق إذاً بين الندب والإرشاد إنما هو مجرّد أن أحدهما مطلوبٌ لثواب الآخرة، والآخر لمنافع الدنيا.

والتحقيق: أنَّ الذي فَعَلَ ما أُمر به إرشاداً؛ إن أتى به لمجرّد غرضه فلا ثواب له، وإن أتى به لمجرد الامتثال غيرَ ناظرٍ إلى مصلحته ولا قاصدٍ سوى مجرّد الانقياد لأمر ربِّه فيثاب، إن قَصَدَ الأمرين أُثيب على أحدهما دون الآخر، ولكن ثواباً أنقصَ من ثواب مَنْ لم يقصد غير مجرّد الامتثال»(٣).

---

(١) نخبة من العلماء، الموسوعة الفقهية (٥/ ٢٢).

(٢) هو عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي الخزرجي، السبكي، أبو نصر، تاج الدين، قاضي القضاة، العلامة الإمام، ولد عام ٧٢٧هـ، وتوفي سنة ٧٧١هـ، من مصنفاته: الإبهاج، وجمع الجوامع، ورفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب. (ابن العماد، شذرات الذهب ٦/ ٢٢١؛ وكحالة، معجم المؤلفين ٢/ ٣٤٣).

(٣) علي بن عبد الكافي السبكي ت٧٥٦هـ وولده عبد الوهاب ت٧٧١هـ، الإبهاج في شرح المنهاج (لا.ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٥م) ٢/ ١٧ ـ ١٨.

ج ـ أدلة القول الثالث:

تمسّك القائلون بوجوب الإشهاد بظاهر الأمر الوارد في الآية السابقة الذكر، وأنه يفيد الوجوب. كما ذهبوا إلى القول بأن عقد البيع عقد معاوضة، ومن ثم يجب الإشهاد عليه كالنكاح[1].

*** الترجيح:**

الظاهر أن مذهب الجمهور في المسألة هو المرجَّح والأولى بالاعتبار للأسباب التالية:

١ ـ قوة أدلة الجمهور من حيث بيان صرف الأمر الوارد في الآية من الوجوب إلى الندب، من خلال سُنَّة النبي ﷺ وفعل الصحابة رضي الله عنهم، وكذا القياس.

٢ ـ القول الثاني يؤول عند التحقيق إلى مذهب الجمهور في المسألة؛ إذ صرف الأمر إلى الإرشاد، وترتب الثواب لمن قصد الامتثال، كل ذلك يفيد تغليب جانب الندب على الإباحة.

٣ ـ تعذر تعميم الحكم بوجوب الإشهاد في سائر البيوع لما يترتب عنه من المشقة. قال ابن عطية[2] (ت٥٤٢هـ): «والوجوب في ذلك قَلِقٌ، أما في الدقائق فصعب شاق، وأما ما كثُر فربما يقصد التاجر الاستئلاف بترك الإشهاد، وقد يكون عادة في بعض البلاد، وقد يُسْتَحْيَ من العالم

---

(١) نخبة من العلماء، الموسوعة الفقهية (٥/ ٢٢).

(٢) هو عبد الحق بن غالب بن عطية، أبو أحمد المحاربي، من أهل غرناطة، ولد عام ٤٨١هـ، أحد أعلام القضاء في الأندلس، كان فقيهاً جليلاً، عارفاً بالأحكام والحديث والتفسير، غاية في توقد الذهن وحسن الفهم وجلالة التصرف، توفي سنة ٥٤٢هـ وقيل غير ذلك، من آثاره: المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز (ابن فرحون، الديباج المذهب ٢/ ٥٣؛ والسيوطي، طبقات المفسرين ص: ١٥ ـ ١٦).

والرجل الكبير الموقَّر فلا يُشهد عليه؛ فيدخل ذلك كله في الائتمان، ويبقى الأمر بالإشهاد ندباً؛ لما فيه من المصلحة في الأغلب...»[1].

ثانياً: حكم الشهادة على الديون

اتفق الفقهاء على أن تحمّل الشهادة وأداءها أمام القاضي فرض كفاية؛ لأن الشهادة مشروطة في صحة بعض العقود، ولأن الحاجة مؤكدة لإثبات الحقوق والتصرفات عند التنازع، حيث يفتقر إلى الشهادة، ويخشى ضياع الحقوق إذا انعدمت[2].

واستند الفقهاء في القول بالفَرْضية الكفائية لتحمّل الشهادة وأدائها إلى الكتاب والسُّنَّة والإجماع.

أ ـ من الكتاب:

١ ـ قال الله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

أخرج الطبري (ت٣١٠هـ) بسنده عن قتادة[3] والربيع بن أنس[4]:

---

(١) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٤٠٣).

(٢) ينظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير (٧/ ٣٦٥)؛ والزيلعي، تبيين الحقائق (٤/ ٢٠٧)؛ وابن نجيم، البحر الرائق (٧/ ٥٧)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٤٦٣)؛ وابن فرحون، تبصرة الحكام (١/ ١٧٦)؛ والخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل (٧/ ٢١٣)؛ والحطاب، مواهب الجليل (٦/ ١٦٢)؛ والشيرازي، المهذب (٢/ ٤٥٢)؛ وأحمد بن حجر الهيثمي ت٩٧٣هـ، تحفة المحتاج (لا.ط؛ بيروت: دار صادر، د.ت) ١٠/ ٢٦٧ ـ ٢٧٠؛ والبهوتي، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٥٧٦)؛ وكشاف القناع (٦/ ١٢٥)؛ وابن قدامة، المغني (٩/ ١٤٦)؛ وابن مفلح، المبدع (١٠/ ١٨٨ ـ ١٨٩)؛ وابن حزم، المحلى (٩/ ٤٢٩)؛ ود. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (١/ ١٢٢).

(٣) هو قتادة بن دعامة بن قتادة السدوسي، أبو الخطاب البصري، الإمام المفسر، ولد عام٦١هـ، قال عنه ابن حجر: ثقة ثبت، توفي سنة ١١٧هـ، (ابن حجر، تهذيب التهذيب ٨/ ٣٥١).

(٤) هو الربيع بن أنس البكري أو الحنفي، بصري، نزيل خراسان، صدوق له =

«كان الرجل يطوف في الحِوَاءِ[1] العظيم فيه القوم، فيدعوهم إلى الشهادة فلا يتبعه أحد منهم؛ فأنزل الله ﷻ: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾»[2].

واختلف المفسرون بشأن المعنى المراد من الآية الكريمة على ثلاثة أقوال هي:

القول الأول: إن معنى الآية: ولا يأب الشهداء على تحمّل الشهادة إذا دُعوا ليشهدوا على الكتاب والحقوق. وهذا قول قتادة (ت١١٧هـ) والربيع بن أنس[3]، واختاره أبو بكر بن العربي (ت٥٤٣هـ)، حيث يقول: والصحيح عندي أن المراد ها هنا حالة التحمل للشهادة؛ لأن حالة الأداء مبينة بقوله تعالى: ﴿وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣]. وإذا كانت حالة التحمّل فهي فرض على الكفاية إذا قام به البعض سقط عن البعض؛ لأن إباية الناس كلهم عنها إضاعة للحقوق، وإجابة جميعهم إليها تضييع للأشغال، فصارت كذلك فرض كفاية[4].

القول الثاني: إن معنى الآية: ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا للقيام بالشهادة التي عندهم للداعي؛ أي: إجابته إلى القيام بها بعد تحمّلها وطلب صاحبها.

= أوهام، ورمي بالتشيع، مات سنة ٤٠هـ أو قبلها. (ابن حجر، تقريب التهذيب ص:١٤٦).

(١) الحواء: بيوت مجتمعة من الناس على ماء، والجمع: أحوية (ابن منظور، لسان العرب ١٤/ ٢١٠ مادة: ح و ا).

(٢) الطبري، جامع البيان (٣/ ١٢٦ ـ ١٢٧).

(٣) ينظر: الطبري، المرجع نفسه (٣/ ١٢٦ ـ ١٢٧)؛ وابن كثير، تفسير القرآن العظيم (١/ ٥٩٦).

(٤) ابن العربي، أحكام القرآن (١/ ٢٥٦).

وهذا قول سعيد بن جبير (ت٩٥هـ)، ومجاهد بن جبر (ت١٠٠هـ)، وطاووس بن كيسان[(١)]، وعكرمة[(٢)] وعطاء بن أبي رباح (ت١١٤هـ)، وعامر الشعبي (ت١٠٣هـ)، والضحاك بن مزاحم (ت١٠٥هـ)، وجابر بن زيد (ت٩٣هـ)، واختاره الطبري (ت٣١٠هـ)[(٣)].

قال ابن كثير (ت٧٧٤هـ): وهو مذهب الجمهور لحقيقة قوله: ﴿ٱلشُّهَدَآءِ﴾، والشاهد حقيقة فيمن تحمّل، فإذا دعي لأدائها فعليه الإجابة إذا تعيّنت عليه، وإلا فهو فرض كفاية، والله أعلم[(٤)].

وقال الطبري (ت٣١٠هـ) منتصراً لهذا القول: وأولى هذه الأقوال بالصواب قول من قال ذلك: ولا يأب الشهداء من الإجابة إذا دُعوا لإقامة الشهادة وأدائها عند ذي سلطان أو حاكم يأخذ من الذي عليه ما عليه للذي هو له. وإنما قلنا هذا القول بالصواب أولى في ذلك من سائر الأقوال غيره؛ لأن الله ﷻ قال: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فإنما أمرهم بالإجابة للدعاء للشهادة، وقد ألزمهم اسم الشهداء، وغير جائز أن يلزمهم اسم الشهداء إلا وقد استُشهدوا قبل ذلك، فشهدوا على ما ألزمهم شهادتهم عليه اسم الشهداء، فأما قبل أن يستشهدوا على

---

(١) هو طاووس بن كيسان الخولاني الهمداني مولاهم، أبو عبد الرحمٰن، أصله من الفرس، ولده عام ٣٣هـ باليمن، من كبار التابعين في الفقه ورواية الحديث، كان ذا جرأة على وعظ الخلفاء والملوك، توفي حاجّاً سنة ١٠٦هـ. (ابن حجر، تهذيب التهذيب ٥/٨).

(٢) هو عكرمة بن عبد الله مولى عبد الله بن عباس، وقيل لم يزل عبداً حتى مات ابن عباس واعتق بعده ولد عام ٢٥هـ، تابعي مفسر محدث، أمره ابن عباس بإفتاء الناس، توفي سنة ١٠٥هـ. (ابن حجر، تهذيب التهذيب ٧/ ٢٦٣).

(٣) الطبري، جامع البيان (٣/ ١٢٨ ـ ١٢٩)؛ وعبد الرحمٰن بن علي بن الجوزي ت٥٩٧، زاد المسير في علم التفسير (ط:٢؛ بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م) ١/ ٣٣٩.

(٤) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم (١/ ٥٩٦).

شيء فغير جائز أن يقال لهم: شهداء[1].

وقال الكمال بن الهمام (ت٦٨١هـ): «وقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ محتمل أن يراد النهي عن الإباء عن التحمّل إذا دعي إليه، ويكون اسم الشهداء مجازاً فيمن سيتصف بالشهادة فيكون النهي لكراهة الإباء عن التحمل كراهة تنزيه، ومرجعها خلاف الأولى؛ لأن التحمل لما فيه من إعانة المسلم على حفظ حقِّه أولى. ويحتمل أن يراد نهي مسمى الشهداء عن الإباء، وحقيقة الشهداء من اتصف بالشهادة، فيكون نهي من اتصف بالشهادة حقيقة عن الإباء إذا ادعى، ولا اتصاف قبل الدعاء إلا بالتحمل فيلزم كون النهي عن إباء الأداء وهو الراجح لما فيه من المحافظة على حقيقة اللفظ...»[2].

القول الثالث: إن معنى الآية: ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا لتحمّل الشهادة أو لأدائها؛ أي: عدم الإباء عن تحمل الشهادة أولاً، وعدم الإباء عن إقامتها أمام القضاء. وهذا قول ابن عباس رضي الله عنهما، والحسن البصري (ت١١٠هـ). واختار هذا القول: الزجّاج[3]، وابن عطية (ت٥٤٢هـ).

قال الحسن البصري (ت١١٠هـ): جمعت هذه الآية أمرين، وهما: ألا تأبى إذا دُعيت إلى تحصيل الشهادة، ولا إذا دُعيت إلى أدائها[4].

---

(١) الطبري، جامع البيان (٣/ ١٢٩ ـ ١٣٠).

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير (٧/ ٣٦٥ ـ ٣٦٦).

(٣) هو إبراهيم بن محمد بن السري بن سهل، النحوي، اللغوي، المفسر، أقدم أصحاب المبرد قراءة عليه، ولد عام ٢٤١هـ، وقال ابن خلكان: «كان من أهل العلم والأدب والدين»، وكان يخرط الزجاج ثم تركه واشتغل بالأدب فنسب إليه، توفي سنة ٣١١هـ، من آثاره: معاني القرآن، والاشتقاق، وخلق الإنسان، والأمالي. (ابن خلكان، وفيات الأعيان ١/ ٣١؛ وابن العماد، شذرات الذهب ٢/ ٢٥٩).

(٤) إبراهيم بن محمد الزجاج ت٣١١هـ، معاني القرآن وإعرابه (ط:١؛ بيروت: عالم الكتب، ١٩٨٨م) ١/ ٣٦٥.

وقال الزجّاج (ت٣١١هـ): وهذا الذي قال الحسن هو الحق ـ والله أعلم ـ لأن الشهداء إذا أبوا وكان ذلك لهم أن يشهدوا تويت[١] حقوقهم، وبطلت معاملاتهم فيما يحتاجون إلى التوثّق فيه[٢].

وقال ابن عطية (ت٥٤٢هـ): والآية كما قال الحسن، جمعت أمرين على جهة الندب، فالمسلمون مندوبون إلى معونة إخوانهم، فإذا كانت الفسحة لكثرة الشهود والأمن من تعطّل الحق فالمدعو مندوب، وله أن يتخلّف لأدنى عذر، وإن تخلّف لغير عذر فلا إثم عليه ولا ثواب له، وإذا كانت الضرورة وخيف تعطل الحق أدنى خوف قوي الندب وقرب من الوجوب، وإذا علم أن الحق يذهب ويتلف بتأخّر الشاهد عن الشهادة فواجب عليه القيام بها، لا سيما إن كانت محصلة وكان الدعاء إلى أدائها، فإن هذا الظرف آكد؛ لأنها قلادة في العنق، وأمانة تقتضي الأداء[٣].

والظاهر أن القول الثالث أولى بالترجيح نظراً لجمعه بين القولين السابقين، ودخوله تحت ظاهر الآية وعمومها، ومراعاته مصلحة المتعاقدين وحال الشهود[٤].

٢ ـ قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ ۗ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴿٢٨٣﴾﴾ [البقرة: ٢٨٣].

---

(١) قال في لسان العرب: التوى: الهلاك، وفي الصحاح: هلاك المال (ابن منظور، لسان العرب ١٤/١٠٦ مادة: «ت و ا»).
(٢) الزجاج، معاني القرآن وإعرابه (١/ ٣٦٥).
(٣) عبد الحق بن غالب بن عطية ت٥٤٢هـ، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: الرحالي الفاروق وآخرون (ط:١؛ الدوحة: طبع على نفقة الشيخ خليفة بن حمد آل ثاني أمير دولة قطر، ١٣٩٨هـ ـ ١٩٧٧م) ٢/ ٣٦٨ ـ ٣٦٩.
(٤) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (١/ ١٢٢ ـ ١٢٣).

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله تعالى نهى عن الكتمان، ولا يتحقق النهي إلا بأداء نقيضه وهو الأداء، وقد أكد ﷻ وجوب الأداء بأسلوب النهي عن الكتمان الذي يقتضي الفور والتكرار، وبيَّن العقاب الذي يحل بكاتم الشهادة من الإثم والفجور، ونسب ذلك إلى القلب أشرف الأعضاء، ومحل الأجور والآثام، فالكتمان كبيرة من الكبائر كما قال ابن عباس رضي الله عنهما(١)، وأنها تؤدي إلى الفسق لصريح الآية الكريمة(٢).

٣ ـ قال الله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ...﴾ [الطلاق: ٢]، وقال أيضاً: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ...﴾ [النساء: ١٣٥]، وقال عزّ شأنه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ...﴾ [المائدة: ٨].

ووجه الدلالة من الآيات يتجلى من خلال الأمر الصّريح بإقامة الشهادة، وهذه الإقامة تشمل الإشهاد على إنشاء العقود والتصرفات، كما تشمل أداءها أمام القضاء، وقد جعل الله تعالى إقامة الشهادة حقّاً من حقوقه سبحانه، ونسبها لنفسه؛ وذلك لرعاية الحقوق وحفظها، وقرن إقامة الشهادة بإقامة العدل والقسط، فكما يجب تحقيق العدل تجب الشهادة تحملاً وأداءً بنص الآيتين الكريمتين، ولأنها وسيلة له فتأخذ حكمه(٣).

ب ـ من السُّنَّة:

١ ـ حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: «بَايَعْنَا رَسُولَ اللهِ ﷺ عَلَى السَّمْعِ وَالطَّاعَةِ فِي العُسْرِ وَاليُسْرِ، وَالمَنْشَطِ وَالمَكْرَهِ وَأَثَرَةٍ عَلَيْنَا، وَأَلَّا

---

(١) الطبري، جامع البيان (١/ ١٤١)؛ والشيرازي، المهذب (٢/ ٤٥٢)؛ وابن كثير، تفسير القرآن العظيم (١/ ٣٣٧).

(٢) الجصاص، أحكام القرآن (١/ ٥٣٥)؛ وابن عطية، المحرر الوجيز (٢/ ٣٧٩ ـ ٣٨٠)؛ والألوسي، روح المعاني (٣/ ٦٣).

(٣) الطبري، جامع البيان (٣/ ١٢٩)؛ و(٦/ ١٤٠)؛ و(٢٨/ ١٣٧)؛ وابن كثير، تفسير القرآن العظيم (١/ ٥٦٥)؛ و(٢/ ٣٠)؛ و(٤/ ٣٧٩).

نُنَازِعَ الأَمْرَ أَهْلَهُ، وَنَقُولُ الحَقَّ حَيْثُ كُنَّا، لا نَخَافُ فِي اللهِ لَوْمَةَ لَائِمٍ»[1].

ووجه الدلالة من الحديث أن الصحابة رضي الله عنهم التزموا بقول الحق في بيعتهم لرسول الله ﷺ، والشهادة بالحقِّ هي قولٌ بالحقِّ سواء أكانت عند توثيق المعاملات أم عند التقاضي[2].

٢ ـ حديث زيد بن خالد الجُهني[3] أن النبي ﷺ قال: **«أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهَدَاءِ، الَّذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا»**[4].

وفي المراد بهذا الحديث تأويلان، أشهرهما وأقربهما إلى الصواب ما ذهب إليه مالك بن أنس (ت١٧٩هـ)، وأصحاب الشافعي أنه محمول على من عنده شهادة لإنسان بحقٍّ، ولا يعلم ذلك الإنسان أنه شاهد، فيأتي إليه فيخبره أنه شاهد له، والثاني أنه محمول على شهادة الحسبة، وذلك في غير حقوق الآدميين المختصّة بهم. وحُكي تأويل ثالث أنه محمول على المجاز والمبالغة في أداء الشهادة بعد طلبها لا قبله، كما يقال: الجواد يعطي قبل السؤال[5].

ج ـ من الإجماع:

أجمع فقهاء المسلمين على فرضية الأداء في الشهادة[6]. قال ابن

---

(١) أخرجه: الإمام مسلم في الجامع الصحيح، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية (٣/ ١٤٧٠).

(٢) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (١/ ١٢٤).

(٣) هو زيد بن خالد الجهني المدني، صحابي مشهور، شهد الحديبية وكان يحمل لواء جهينة يوم الفتح، توفي بالكوفة سنة ٦٨هـ أو ٧٠هـ. (ابن حجر، الإصابة ٢/ ٦٠٣؛ وتقريب التهذيب ص: ١٦٣).

(٤) أخرجه: مسلم في الجامع الصحيح، كتاب الأقضية، باب خير الشهود (٣/ ١٣٤٤).

(٥) النووي، شرح صحيح مسلم (١٢/ ١٤).

(٦) ابن نجيم، البحر الرائق (٧/ ٥٧).

المنذر (ت٣١٨هـ): «وأجمعوا على أن رجلاً لو قال لشاهدين: اشهدا أن لفلان بن فلان عليَّ مائة دينار مثاقيل، أن عليهما أن يشهدا [بها][1] إذا دعا هذا الطالب إلى إقامة الشهادة»[2].

*** الفرع الثالث: موقف القانون الوضعي من الشهادة على الديون**

لقد اهتم القانون الوضعي بالإشهاد والإثبات بالشهادة، من حيث بيان مشروعية الشهادة وتنظيم أحكامها وقواعدها، إلا أنه جعلها في المرتبة الثانية بعد الكتابة، وأعطى للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في الأخذ بعين الاعتبار بتصريحات الشهود أو عدم الأخذ بها، نظراً لكونه مقيَّد بما ورد في الكتابة[3].

وهناك عدّة اعتبارات جعلت القانون يدرج الشهادة في المقام الثاني بعد الكتابة في إثبات الحقوق، ولعلّ أهمها:

١ ـ شيوع الكتابة ووفرة وسائلها في العصر الحديث.

٢ ـ فساد الأخلاق وضعف الوازع الديني الباعث على التزام الحق والصدق في القول والعمل.

٣ ـ انتشار ظاهرة المحاباة بين الناس لقرابة أو مصلحة أو رشوة.

٤ ـ كثرة العداوات والضغائن التي تتسبب في التحامل في الشهادة.

٥ ـ كثرة شهادة الزور.

٦ ـ تعرّض الشاهد للنسيان مع مرور الزمن.

---

(١) وردت هذه الكلمة هكذا: «بما» والظاهر أنه خطأ مطبعي والصواب ما أثبته.

(٢) محمد بن إبراهيم بن المنذر ت٣١٨هـ، الإجماع. (ط:٢؛ بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م) ص:٣١.

(٣) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (١/٣٣)؛ ويحيى بكوش، أدلة الإثبات ص:١٩٢؛ ود. الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ص:٦٨ ـ ٦٩.

٧ ـ موت الشهود مع تقادم العهد.

٨ ـ قلّة الضبط نظراً لكثرة المعاملات وتشابك المنازعات.

٩ ـ حرص القانون الوضعي على تقليل الدعاوى أمام القضاء، خاصة التي لا تستند إلى دليل كتابي[١].

١٠ ـ غلبة نقص المصداقية وعدم الحسم في موضوع النزاع في تصريحات الشهود[٢].

وعلى هذا جعل القانونُ الشهادةَ وسيلة احتياطية للإثبات، وأخضعها للسلطة التقديرية للقاضي، ولقناعته الخاصة في الاعتماد عليها من عدمه، كما أجاز الإثبات بها في بعض الوقائع القانونية دون بعض، إلا أنه لم يستطع الاستغناء عنها لأنها في كثير من الحالات تكون وسيلة الإثبات الوحيدة في بعض الوقائع المادية أو عند تعذّر استعمال الكتابة لمانع أدبيّ أو ماديّ[٣].

والملاحظ أن القانون المدني الجزائري اكتفى في بيان اعتماد شهادة الشهود في الإثبات بذكر الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود والحالات التي لا يجوز فيها، وهذا ما أورده في المواد (٣٣٣) و(٣٣٤) و(٣٣٥) و(٣٣٦) من القانون المدني[٤].

والقاعدة العامة هي أن الاعتماد على الإثبات بشهادة الشهود غير

---

(١) د. محمد الزحيلي، المرجع السابق (١/ ٣٣).

(٢) د. الغوثي بن ملحة، المرجع السابق ص:٦٨.

(٣) د. محمد الزحيلي، المرجع السابق (١/ ٣٣).

(٤) القانون رقم ٥ ـ ١٠ المؤرخ في ١٣ جمادى الأولى عام ١٤٢٦هـ الموافق ٢٠ يونيو سنة ٢٠٠٥م المعدل والمتمم للأمر رقم ٧٥ ـ ٥٨ المؤرخ في ٢٠ رمضان عام ١٣٩٥هـ الموافق ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥م والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم. (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد ٤٤ السنة ٤٢، الأحد ١٩ جمادى الأولى ١٤٢٦هـ الموافق ٢٦ يونيو ٢٠٠٥م، ص:٢٥).

جائز إذا كان التصرّف القانوني تفوق قيمته مائة ألف دينار جزائري، أو كان غير محدّد القيمة، إذ يشترط في ذلك أن تفوق قيمة التصرف القانوني محل النزاع مائة ألف دينار جزائري، أو كانت فيه القيمة غير محددة، وأن لا ينصب التصرف القانوني على المواد التجارية. كما أن قيمة التصرف القانوني تقدر وفقاً لما هي عليه وقت صدوره[1].

هذا، وقد أورد القانون جملة استثناءات على القاعدة العامة المذكورة أعلاه، بأن قرّر جواز الإثبات بشهادة الشهود إذا كانت قيمة التصرف القانوني التي تزيد على مائة ألف دينار جزائري، لم تأت إلا من ضم الملحقات إلى الأصل، وكذا إذا اشتملت الدعوى القضائية على عدة طلبات ناشئة عن مصادر متعددة، فإنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على ألف دينار، لو كانت نفس الطلبات تزيد قيمتها مجتمعة على مائة ألف دينار جزائري. هذا ولو كان مصدرها علاقات بين الخصوم أنفسهم، أو تصرفات قانونية ذات طبيعة واحدة. وكذلك يكون الحكم بشأن كل وفاء لا تتجاوز قيمته ألف دينار جزائري[2].

كما بيَّن القانون أنه لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولم تزد قيمة التصرّف القانوني على مائة ألف دينار جزائري في ثلاث حالات[3]:

الأولى: إذا كان القصد من الإثبات بشهادة الشهود إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي.

الثانية: إذا كان المطلوب هو الباقي أو جزء من حقّ لا يجوز إثباته إلا بالكتابة.

---

(١) المادة (٣٣٣) من القانون السابق.

(٢) المادة (٣٣٤) من القانون نفسه؛ وينظر: د. الغوثي بن ملحة، المرجع السابق ص: ٧٠.

(٣) المادة (٣٣٥) من القانون السابق.

الثالثة: إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى القضائية بما تزيد قيمته على مائة ألف دينار جزائري، ثم خفض طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة.

ولقد أورد القانون المدني الجزائري حالتان يجوز فيهما الإثبات بشهادة الشهود وهما[1]:

الحالة الأولى: يجوز الإثبات بشهادة الشهود استثناء، فيما كان يجب إثباته بالكتابة، إذا وجد مبدأ بثبوت الكتابة.

ويستند مبرر الإثبات بشهادة الشهود في هذه الحالة إلى أنه من الممكن إثبات التصرف القانوني ولو كانت قيمته تفوق مائة ألف دينار جزائري عن طريق الشهادة نظراً لاستبعاد الشك في مصداقية الشهود؛ لأن ادعاء المدعي معزّز بوجود مبدأ ثبوت بالكتابة.

وهذا المبدأ يشكل نصف إقرار، وعلى هذا يتسع للقاضي التحقق من مضمون الشهادة بعد مقارنتها بالكتابة التي أخذت على سبيل مبدأ ثبوت بالكتابة.

ولقد أكدت المادة (٣٣٥) من القانون المدني في فقرتها الثانية على أن «كل كتابة تصدر من الخصم، ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة».

الحالة الثانية: يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادي أو أدبي لا يمكن من الحصول على الدليل الكتابي، أو فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته.

ويتصل المانع المادي بالقوة القاهرة، أما الأدبي فيتمثل في العلاقات العائلية أو المهنية أو العادات والتقاليد. أما عند فقدان السند

(١) المادة (٣٣٦) من القانون السابق.

الكتابي فيتعين على الدائن إثبات ضياع سنده الكتابي من جهة، ومن جهة أخرى أن الضياع كان نتيجة لسبب أجنبي خارج عن إرادته مثل القوة القاهرة أو فعل الغير[1].

ورغم كل هذا التفصيل في مدى إمكانية الاحتجاج بالشهادة من عدمها، فإن القانون لم يجعل الإثبات بها من النظام العام، وإنما فسح المجال للطرفين لأن يتفقا على الإثبات بالشهادة في كل أمر يرتضيانه؛ وذلك لأن اشتراط الإثبات إنما هو لحماية الأشخاص، فإذا تنازلوا عن هذه الحماية بإرادتهم فإن تنازلهم صحيح[2].

تحمل الشهادة وأداؤها في القانون الوضعي:

لقد ترك القانون أمر تحمل الشهادة إلى أصحاب الشأن ليختاروا ما يشاءون، ومن ثم لم يورد القانون شيئاً فيما يتعلق بتحمل الشهادة، ولم يلزم الأفراد بذلك[3].

أما فيما يتعلق بأداء الشهادة، فقد راعى القانون مدى أهميتها في الإثبات، وما يترتب عليها من الوصول إلى الحقيقة وبيان الواقع، وخاصة إذا كانت الشهادة هي الدليل الوحيد في القضية، وعلى هذا أعطى القانون للمدعي المكلف بعبء الإثبات حق تعيين الشهود على ما يدعيه[4].

ثم إن القانون سمح للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه استدعاء الشهود فيما يجوز فيه الإثبات بالشهادة متى رأى في ذلك فائدة تمكّن من إظهار الحقّ. وبناء على هذا تقوم المحكمة بإخطار الشهود وتبليغهم

---

(١) وينظر: د. الغوثي بن ملحة، المرجع السابق ص:٧٢، ٧٣.

(٢) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (١/ ١٣٣).

(٣) المرجع نفسه (١/ ١٣٦).

(٤) المرجع نفسه.

ليمثلوا أمامها لأداء الشهادة، وأوجبت عليهم الحضور لأداء الشهادة[1].

وإن التزام الشهود بأداء شهادتهم إذا طُلب منهم ذلك يستند إلى المبدأ القائل بأن الشهادة أمام القضاء خدمة عامة، وذلك بهدف تسهيل العدالة وإحقاق الحق، ومن ثم لا يجوز الامتناع عنها. فإذا حدث أن امتنع الشاهد عن الأداء فإن للقاضي أن يحكم عليه حكماً مبرماً بغرامة مالية، أو بقرار إجباره على الحضور. والأمر نفسه إن حضر الشاهد وامتنع عن اليمين أو الإجابة[2].

*** الفرع الرابع: موازنة بين النظرين الفقهي والقانوني في الاحتجاج بالشهادة**

من خلال ما سبق بيانه بشأن حكم الإشهاد والشهادة في الفقه الإسلامي، وعرض موقف القانون الوضعي من الشهادة في الديون؛ فإنها تتضح لنا جملة من نقاط الاتفاق وأخرى للاختلاف بين النظرين الفقهي والقانوني في هذه المسألة، وهي كالآتي:

١ ـ اتفاق الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي في جعل الشهادة في المقام الثاني بعد الكتابة.

٢ ـ تباين الموقف الفقهي عن القانوني بشأن مدى الاعتماد على الشهادة في الإثبات؛ إذ نجد القانون يقيدها ويضيّق مجالاتها، في حين أعطى الفقه الإسلامي للشهادة الحجية المطلقة.

٣ ـ رتّب التشريع الإسلامي جزاء أخروياً موجّه ضد الممتنع عن أداء الشهادة أو المزّور فيها، في حين كان الجزاء القانوني المترتب

---

(١) د. محمد الزحيلي، المرجع السابق (١/ ١٣٦).

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (٢/ ٣٢٦)؛ ود. محمد الزحيلي، المرجع نفسه (١/ ١٣٦).

عن الامتناع عن أداء الشهادة مادياً يتمثل في غرامة مالية.

٤ ـ يذهب القانون إلى تقليص دور الشهادة في الإثبات استناداً إلى أسباب واقعية اجتماعية، إلا أننا نجده في الوقت نفسه يعتمد على أقوال أهل الخبرة، ويمنح القضاة السلطة التقديرية المطلقة في تقدير الشهادة. والواقع الذي يحيط بهؤلاء هو نفسه المحيط بأولئك، ومن ثم فاحتمال الكذب والتزوير والتحايل يشترك فيه الجميع وليس حكراً على الشهود، وعلى هذا فإن الواقع لا يغير من قيمة الشهادة وإن دفع هذا الواقع إلى التشدد فيها وعدم التساهل، وضبط أحكامها وشروطها بما يرجح أداءها للدور المنوط بها في إثبات الحقوق وإقامة العدل[١].

المطلب الثاني

شروط الإشهاد ومراتب الشهادة على الأموال

وسوف نقسّم هذا المطلب إلى فرعين، حيث يتناول الفرع الأول شروط الإشهاد على الديون، بينما يعالج الفرع الثاني مراتب الشهادة على الأموال.

* الفرع الأول: شروط الإشهاد على الديون

إنّ للإشهاد على الديون جملة من الشروط، منها ما يتعلق بالشاهد، ومنها ما يرتبط بالشهادة نفسها، كما أن هناك شروطاً تخصّ المشهود به. والذي يتعلّق أساساً بهذا المبحث ما كان منه خاصّاً بالشاهد الذي ينتدب لمهمة توثيق الديون بالإشهاد عليها ابتداءً.

وعليه فإنه يشترط في الشاهد الذي يستشهد على الأموال ومن ضمنها الديون ـ موضوع الدراسة ـ **الشروط الآتية**:

(١) د. محمد الزحيلي، المرجع السابق (١/ ١٣٥).

الأول: الإسلام

إن شهادة الكافر لا تُقبل مطلقاً عند الجمهور(١). وشرط الإسلام إنما هو في أداء الشهادة دون تحمّلها؛ فلو أن كافراً تحمّل شهادة، ثم أداها بعد إسلامه فإنها تُقبل(٢). ويستثنى من عدم قبول شهادة الكافر شهادته على الوصية في السفر الذي لم يوجد فيه مسلم، وهي محلّ اختلاف بين الفقهاء(٣).

واعتمد الفقهاء في القول باشتراط الإسلام في حالة الأداء للشهادة دون التحمل على أدلة من الكتاب ومن المعقول.

أ ـ من الكتاب:

• قال الله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴿١٤١﴾﴾ [النساء: ١٤١].

وجه الدلالة من الآية أن الله تعالى نفى أن يكون للكافرين على المؤمنين سبيلاً، وفي قبول شهادة الكافر على المسلم إثباته، كما أن الشهادة ولاية، والكافر لا يلي أمر المسلم أبداً، وإن في قبولها إلزام

---

(١) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (١/ ١٢٨)؛ ود. حامد عبده الفقي، موانع الشهادة في الفقه الإسلامي (لا.ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٣م) ص: ٥٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٤٠٤)؛ وابن فرحون، تبصرة الحكام (١/ ١٨٥)؛ وأحمد بن محمد الصاوي ت١٢٤١هـ، بلغة السالك لأقرب المسالك (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت) ص: ٣٤٨؛ والشربيني، الإقناع ٢/ ٦٣٢؛ وابن قدامة، المغني (١٤/ ١٧٤)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٦/ ٤١٧)؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٣٨٧.

(٣) د. محمد الزحيلي، المرجع السابق (١/ ١٢٨)؛ ود. صالح الهليل، المرجع نفسه ص: ٣٨٧.

للقاضي؛ لأن يحكم بمقتضاها، فيتحقق السبيل المنفي بنص القرآن وهو ممنوع[1].

• قال الله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ...﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ووجه الدلالة أن الله تعالى أمرنا بأن نشهد رجال المسلمين؛ لأن الخطاب موجّه إليهم. والكافر ليس عدلاً، وليس من رجال المسلمين، ولا هو مرضي عنه، ومن ثم لا تُقبل شهادته[2].

• وقال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ...﴾ [الطلاق: ٢].

ووجه الدلالة أن الآية الكريمة وجّهت الأمر بإشهاد أصحاب العدالة من المسلمين. وإن الكافر ليس من أصحاب العدالة، بل إنه في أعلى درجات الفسق، فلا تُقبل شهادته[3]. ولو أننا اعتمدنا شهادة الكافر وقبلنا بها، فلا يكون لقوله تعالى: ﴿مِنكُمْ﴾ أيّ أثر، ونكون قد عطّلنا مدلوله عن الفائدة، ولا يجوز بأي حال تعطيل كلام الله عز وجل[4].

ب ـ من المعقول:

ما من شك في أن الكافر غير مأمون في دينه، ومن ثم لا تقبل شهادته؛ لأنه مظنة الخيانة والكذب[5].

---

(١) د. حامد عبده الفقي، موانع الشهادة في الفقه الإسلامي ص:٥٣.

(٢) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٣٨٩)؛ وابن قدامة، المغني (١٤/ ١٧٤)؛ ومصطفى بن سعد بن عبده الرحيباني ت١٢٤٣هـ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (ط:١؛ دمشق: منشورات المكتب الإسلامي، ١٣٨١هـ ـ ١٩٦١م) ٦/ ٦١٠؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٣٨٧.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج (٤/ ٥٤٠)؛ والرحيباني، المرجع نفسه (٦/ ٦١٠).

(٤) ابن قدامة، الكافي (٤/ ٥٢١)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٦/ ٤١٧)؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٣٨٨.

(٥) الشربيني، المرجع السابق (٤/ ٥٤٠)؛ والبهوتي، المرجع نفسه (٦/ ٤١٧)؛ ود. صالح الهليل، المرجع نفسه ص:٣٨٨.

شهادة الكافر على الوصية:

أما المسألة المستثناة من الاتفاق السابق ذِكرُهُ، والمتعلّقة بقبول شهادة الكافر على الوصية حال السّفر إن تعذّر إشهاد أحد من المسلمين، **فقد اختلف الفقهاء بشأنها على قولين هما:**

القول الأول: تقبل شهادة الكافر مطلقاً ـ سواء أكان كتابياً أم غير كتابي ـ **على وصية المسلم إن حضرته الوفاة مسافراً ولم يكن معه أحد من المسلمين.**

وهذا القول مذهب الظاهرية(١)، والراجح في المذهب الحنبلي إن كان الكافر كتابياً(٢)، وأحد الروايتين عندهم في الكافر غير الكتابي(٣). وهذا القول اختيار ابن تيمية (ت٧٢٨هـ)(٤).

القول الثاني: لا تُقبل شهادة الكافر مطلقاً في الوصية أو في غيرها.

وذهب إلى هذا القول الجمهور من الحنفية(٥)، والمالكية(٦)، والشافعية(٧)، وهو رواية عند الحنابلة(٨).

---

(١) ابن حزم، المحلى (١٠/ ٥٨٧).

(٢) المرداوي، الإنصاف (١٢/ ٣٩)؛ وابن مفلح، المبدع (١٠/ ٢١٥).

(٣) المرداوي، المرجع نفسه (١٢/ ٣٩)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٣٨٨.

(٤) علي بن محمد البعلي ت٨٠٣هـ، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (لا. ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت) ص: ٣٥٩.

(٥) السرخسي، المبسوط (١٦/ ١٣٤).

(٦) مالك بن أنس ت١٧٩هـ، المدونة الكبرى ـ رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن عبد الرحمٰن بن القاسم العتقي عن الإمام مالك (ط: ١؛ مصر، مطبعة السعادة، ١٣٢٣هـ تصوير بالأوفست: مكتبة المثنى ببغداد، د.ت) ٥/ ١٥٦.

(٧) الشربيني، مغني المحتاج (٤/ ٥٤٠).

(٨) المرداوي، الإنصاف (١٢/ ٤٠)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٣٨٩.

الأدلة:

أ ـ أدلة القول الأول:

١ ـ من الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ شَهَـٰدَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ حِينَ ٱلْوَصِيَّةِ ٱثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِى ٱلْأَرْضِ فَأَصَـٰبَتْكُم مُّصِيبَةُ ٱلْمَوْتِ ۚ تَحْبِسُونَهُمَا مِنۢ بَعْدِ ٱلصَّلَوٰةِ فَيُقْسِمَانِ بِٱللَّهِ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِى بِهِۦ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ ۙ وَلَا نَكْتُمُ شَهَـٰدَةَ ٱللَّهِ إِنَّآ إِذًا لَّمِنَ ٱلْـَٔاثِمِينَ ﴿١٠٦﴾﴾ [المائدة: ١٠٦].

وجه الدلالة من الآية الكريمة أنها أقرت قبول شهادة الكفار على الوصية في السفر من خلال ذكر: ﴿أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾؛ أي: من غير دينكم، وهذا نصٌّ في المسألة(١).

وقال ابن تيمية (ت٧٢٨هـ) ـ عند ترجيحه لقبول شهادة الكافر مطلقاً سواء أكان كتابياً أم غير كتابي ـ بأنه ظاهر القرآن الكريم(٢). والآية الكريمة من سورة المائدة وإن نزلت في أهل الكتاب إلا أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب(٣).

٢ ـ من السُّنَّة:

حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال: خرج رجل من بني سَهْمٍ مع تَمِيمِ الدَّارِي وَعَدِيّ بنِ بَدَّاءٍ، فمات السَّهْمِيُّ بأَرْضٍ لَيْسَ بِهَا مُسْلِمٌ، فَلَمَّا

---

(١) ابن قدامة، المغني (٩/ ١٨٣)؛ ومحمد بن علي الشوكاني ت١٢٥٠هـ، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير (ط:٢؛ بيروت: دار المعرفة، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٦م) ٢/ ٨٦؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٣٨٩.

(٢) البعلي، الاختيارات الفقهية ص:٤٥٩.

(٣) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٣٩٦.

قَدِمَا بِتَرِكَتِهِ فَقَدُوا جَاماً مِنْ فِضَّةٍ مُخَوَّصاً مِنْ ذَهَبٍ، فَأَحْلَفَهُمَا رسولُ الله ﷺ، ثُمَّ وُجِدَ الجَامُ بِمَكَّةَ، فَقَالُوا: ابْتَعْنَاهُ مِنْ تَمِيمٍ الدَّارِي وَعَدِيٍّ، فَقَامَ رَجُلانِ مِنْ أَوْلِيَائِهِ فَحَلَفَا لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا، وَأَنَّ الجَامَ لِصَاحِبِهِمْ، قَالَ: وَفِيهِمْ نَزَلَتْ هَذِهِ الآيَةُ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ﴾ [المائدة: ١٠٦][(١)].

هذا، وقد قضى أبو موسى الأشعري رضي الله عنه بشهادة الكافر في الوصية في السفر وانعدام الشاهد المسلم[(٢)].

ب ـ أدلة القول الثاني:

١ ـ من الكتاب:

● قال الله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ...﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ووجه الدلالة من الآية أنّ الكافر ليس من المسلمين، وبالتالي فاستشهاده خلاف ظاهر الآية الكريمة[(٣)].

● وقال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢].

وجه الدلالة: إنّ الكافر ليس بعدل وليس منّا، وهو أفسق الفساق، ويكذب على الله تعالى، فلا يؤمَنُ من أن يكذب على خَلْقِهِ، وإذا كان الفاسق لا تقبل شهادته فالكافر أولى[(٤)].

٢ ـ من السُّنَّة:

حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: **«لا تَرِثُ مِلَّةٌ**

---

(١) أخرجه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الوصايا، باب قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ﴾... (٣/ ١٠٢٢).

(٢) ابن قدامة، المغني (٩/ ١٨٣ ـ ١٨٤)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٦/ ٤١٧).

(٣) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٣٩٤.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج (٤/ ٥٤٠)؛ ود. صالح الهليل، المرجع نفسه ص: ٣٩٤؛ ود. حامد عبد الفقي، موانع الشهادة ص: ٥٤.

مِلَّةً، ولا تَجُوزُ شَهَادَةُ مِلَّةٍ عَلَى مِلَّةٍ إلا شَهَادَةَ المُسْلِمِينَ، فَإِنَّهَا تَجُوزُ عَلَى جَمِيعِ المِلَلِ»[1].

دلّ قوله ﷺ: **«ولا تَجُوزُ شَهَادَةُ مِلَّةٍ عَلَى مِلَّةٍ إلا شَهَادَةَ المُسْلِمِينَ»** بظاهره على عدم قبول شهادة الكافر، وأنها غير جائزة في حقِّ المسلمين بسبب اختلاف الملّة[2].

٣ ـ من المعقول:

إن التشريع الإسلامي يرفض قبول شهادة المرء بالزور ولا يعتمدها، ويرتب عقاباً جزائياً في حقِّ الشاهد بالزور؛ وأنه لمن الأولى ردّ شهادة من شهد بالزور في حقِّ الله تعالى، ومن هذا القبيل الكافر، فلا تقبل شهادته[3]. كما أن العدالة شرط قبول الشهادة، والفسق مانع، والكفر رأس الفسق، فكان أولى بالمنع من القبول[4].

• مناقشة الأدلة والترجيح:

أ ـ مناقشة أدلة القول الأول:

ناقش أصحاب القول الثاني أدلة مخالفيهم، ممن ذهبوا إلى قبول شهادة الكفار في الوصية حال السفر، وانعدام الشاهد المسلم، بأن

---

(١) أخرجه: البيهقي، السنن الكبرى (١٠/ ١٦٣)؛ والدارقطني، سنن الدارقطني (٤/ ٦٩) بلفظ قريب، وفي سنده عندهما: عمر بن راشد وهو ليس بالقوي قد ضعّفه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما؛ وأخرجه: الهيثمي، مجمع الزوائد (٤/ ٢٠١) وقال عنه: «رواه الطبراني في الأوسط، وفيه عمر بن راشد وهو ضعيف».

(٢) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٣٩٥.

(٣) الشيرازي، المهذب (٢/ ٤٥٣)؛ والمطيعي، تكملة المجموع (٢٠/ ٢٦٦)؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٣٩٦.

(٤) السرخسي، المبسوط (١٦/ ١٣٤)؛ والكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢٨٠).

تمسّكهم بما ورد في الآية الكريمة من سورة المائدة [١٠٦]: ﴿أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾، لا وجه له لعدّة اعتبارات، منها:

أولاً: عدم التسليم بأن المراد بقوله: ﴿أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾؛ أي: من غير دينكم، بل إن المراد منها: من غير عشيرتكم(١).

ثانياً: وإن سلّمنا أن المراد من الآية من غير دينكم، فإنها محمولة على حالة التحمّل دون الأداء، وقد قلنا: بأن تحمل الكافر صحيح، وإنما أداؤه غير مقبول ما دام على الكفر(٢).

ثالثاً: وإن ضربنا صفحاً عن الاعتبارين السابقين مع وجاهتهما، وسلّمنا ـ جدلاً ـ بأن المراد من الآية الكريمة آخران من غير دينكم في تحمل الشهادة وأدائها؛ فإن هذا لا يستقيم ـ أيضاً ـ لأن الآية محل الاستدلال منسوخة بقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢](٣).

ب ـ مناقشة أدلة القول الثاني:

يمكن لأصحاب القول الأول مناقشة ما استند إليه أصحاب القول الثاني، وتوجيه جملة اعتراضات تحول دون الوصول إلى النتيجة التي انتهوا إليها في بحث المسألة. وهذه الاعتراضات هي:

أولاً: إننا نوافق على أن الآيتين الكريمتين: ﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ...﴾ [البقرة: ٢٨٢]، و﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ...﴾ [الطلاق: ٢]، كل منهما تدلّ على ردّ شهادة الكافر، والآيتان عامتان، في حين

(١) الرملي، نهاية المحتاج (٨/ ٢٩٢)؛ وابن قدامة، المغني (٩/ ١٨٢ ـ ١٨٣)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٣٩٢.

(٢) ابن قدامة، المغني (٩/ ١٨٣)؛ ود. صالح الهليل، المرجع نفسه ص: ٣٩٢.

(٣) الرملي، نهاية المحتاج (٨/ ٢٩٢)؛ ود. صالح الهليل، المرجع نفسه ص: ٣٩٠.

نجد آية الوصية في سورة المائدة خاصة؛ ومن ثم نقول بتخصيص العام بالخاص، ويصير المعنى: عدم قبول شهادة الكافر إلا على الوصية حال السفر وعدم توفّر الشاهد المسلم(١).

ثانياً: إن حديث أبي هريرة ﷺ بشأن عدم جواز الشهادة بين الملّتين ضعّفه علماء الحديث؛ لأن في سنده راوٍ لا يعتد بروايته، ويظهر ذلك بجلاء عند التخريج المفصّل للحديث(٢).

ولو فرضنا ـ جدلاً ـ صحة الحديث، فإنه لا ينهض حجّة لتأييد القول بأن الكافر لا يستشهد على الوصية؛ لأنه حديث عام، وآية الوصية خاصة، فيخصص عموم الحديث بالآية(٣).

ثالثاً: إن الاستدلال بالمعقول من خلال قياس شهادة الكافر على الشاهد زوراً لا يستقيم؛ لأنه قياس في مقابلة النصوص السابقة الذكر بشأن الوصية في آية المائدة، وحديث ابن عباس ﷺ؛ ومن ثم لا يؤخذ بهذا القياس(٤).

ج ـ الردود على الاعتراضات:

ردّ أصحاب القول الأول على الاعتراضات الموجهة لهم كالآتي:

أولاً: إن القول بأن المراد من قوله تعالى: ﴿مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ [المائدة: ١٠٦]؛ أي: من غير عشيرتكم، تفسير لا يصح بسبب معارضته لما ورد في سبب نزول الآية الكريمة في قضية عدي بن بداء وتميم الداري بلا خلاف بين المفسرين، وقد كان كل من عدي وتميم يتبع النصرانية، وعليه فالآية واردة في شهادة غير المسلمين، وقد فسّرها بما قلنا كل من

---

(١) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٣٩٤.

(٢) سبق تخريج الحديث.

(٣) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٣٩٥ ـ ٣٩٦.

(٤) د. صالح الهليل، المرجع نفسه ص:٣٩٦.

سعيد بن المسيب (ت٩٤هـ)، والحسن البصري (ت١١٠هـ) وغيرهما[١].

ثانياً: إن القول بحمل الآية على تحمّل الشهادة دون الأداء لا يصح؛ لأن الله تعالى أمر بإحلافهم ولا أَيْمَانَ في التحمّل، ومن ثم تعيَّن حملها على الأداء[٢].

ثالثاً: إن دعوى نسخ آية المائدة المستند إليها تحتاج إلى ما يثبتها؛ ذلك أن القول بالنسخ يترتب عنه كون الحكم مرفوعاً ولا يجوز العمل به. وهذا لا يمكن قبوله إلا بتوافر حُجَّة صحيحة ثابتة، وليس للمخالف ما يأتي به من إثبات نصٍّ صريح صحيح متأخر نزولاً عن الآية ومخالف لها في الحكم إلى درجة تعذّر الجمع بينهما[٣].

وعلى هذا الأساس فإن دعوى النسخ تفتقر إلى الدليل، بل إن هناك جملة من الأدلة تفيد بأن الآية محكمة وليست منسوخة. ومن تلك الأدلة ما يأتي:

ـ ما روي من قول أم المؤمنين عائشة ﵂ في معرض حديثها عن سورة المائدة: «سورة المائدة آخر سورة نزلت، فما وجدتم فيها من حلال فأحلّوه، وما وجدتم فيها من حرام فحرّموه»[٤]، وإنّ الآية المُدَّعَى نسخها في سورة المائدة؛ وعليه بطل القول بالنسخ وصحَّ أنها محكمة[٥].

ـ ما روي من قول عبد الله بن عمر ﵄: آخر سورة نزلت المائدة[٦].

---

(١) ابن قدامة، المغني (٩/ ١٨٣)؛ وابن حجر، فتح الباري (٥/ ٤١١).
(٢) ابن قدامة، المرجع نفسه؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٣٩٢.
(٣) ابن حزم، المحلى (١٠/ ٥٩٢)؛ وابن القيم، الطرق الحكمية ص: ١٨٦.
(٤) الحاكم، المستدرك (٢/ ٣١١).
(٥) ابن حزم، المحلى (١٠/ ٥٩٢)؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٣٩١.
(٦) الحاكم، المستدرك (٢/ ٣١١).

- قضاء أبي موسى الأشعري رضي الله عنه بقبول شهادة أهل الكتاب، وإخباره بأن هذا كان في عهد النبي ﷺ[1]. فقد روي عن الشعبي (ت١٠٣هـ) أن رجلاً من المسلمين حضرته الوفاة بِدَقُوقَاءَ[2] ولم يجد أحداً من المسلمين يشهده على وصيته، فأشهد رجلين من أهل الكتاب، فقدما الكوفة فأتيا أبا موسى الأشعري فأخبراه، وقدما بتركته ووصيته؛ فقال الأشعري: هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله ﷺ، فأحلفهما بعد العصر بالله ما خَانَا ولا كَذَبَا ولا بَدَّلا ولا كَتَمَا ولا غَيَّرَا، وأنها لَوَصِيَّةُ الرجل وتركته؛ فأمضى شهادتهما[3].

تلك الآثار تدلّ بمجموعها على أن آية المائدة محكمة لا نسخ فيها؛ إذ لو طرأ عليها نسخ لثبت نقله عن الصحابة رضي الله عنهم، فكيف يُدَّعَى النسخ وقد صرَّحوا بخلافه؟![4].

د - الترجيح:

الظاهر أن القول الأول الذي لا يرى مانعاً من قبول شهادة الكافر على الوصية حال السفر وانعدام وجود شاهد مسلم هو القول الراجح في المسألة.

والذي دعا إلى ترجيح القول الأول هو قوة الأدلة المستند إليها، وسلامتها مما وُجِّه لها من انتقادات بعد عرضها على المناقشة وبيان الرّد عليها.

---

(١) ابن قدامة، المغني (٩/ ١٨٤)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٣٩١.

(٢) دَقُوقَاء: مدينة بين إربل وبغداد، لها ذكر في الأخبار والفتوح، كان بها وقعة للخوارج. (ياقوت الحموي، معجم البلدان ٢/ ٤٥٩).

(٣) أخرجه: أبو داود، السنن، كتاب الأيمان والنذور، باب شهادة أهل الذمة وفي الوصية في السفر (٣/ ٣٠٧).

(٤) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٣٩١.

الثاني: العقل

اتفق الفقهاء على عدم صحة شهادة المجنون والصبي الذي لا يعقل ونحوهما مطلقاً في تحمّل الشهادة وفي أدائها[١].

ذلك أن الشهادة تهدف إلى ضمان الإخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان. وتحمل الشهادة يقتضي فهم الحادثة وضبطها، ولا يتحقق ذلك إلا بحصول آلة الفهم التي هي العقل[٢]. كما أن فاقد العقل لا يؤتمن على حفظ حقوق نفسه، فحقوق غيره أولى[٣].

وقال في «مغني المحتاج»[٤]: «فلا تقبل شهادة مجنون بالإجماع».

الثالث: البلوغ

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بعدم قبول شهادة الصبي المميّز قبل البلوغ مطلقاً[٥]. لكن إذا تحمل الشهادة قبل البلوغ وأداها بعده فإنها تُقبل. وعلى هذا فالبلوغ شرط أداء للشهادة دون التحمّل، وهو ما صرّح

---

(١) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٤٠٤)؛ وابن الهمام، شرح فتح القدير (٧/ ٤٠٠)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٤٧٣)؛ وابن جزي، القوانين الفقهية ص:٢٣٥، وابن عرفة، حاشية الدسوقي (٤/ ١٦٥)؛ والغزالي، الوجيز (٢/ ١٥٠)؛ والهيثمي، تحفة المحتاج (١٠/ ٢١١)؛ وابن قدامة، المغني (١٠/ ١٤٤، ١٦٤)؛ وابن حزم، المحلى (٩/ ٤٠٥)؛ ود. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (١/ ١٢٩)؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٣٨٥؛ ود. حامد الفقي، موانع الشهادة ص:٤٢.

(٢) الشيرازي، المهذب (٢/ ٤٥٣)؛ والشربيني، الإقناع ص:٦٣٢؛ وابن فرحون، تبصرة الحكام (١/ ١٨٤).

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق (٧/ ٥٦)؛ والمطيعي، تكملة المجموع (٢٠/ ٢٢٦).

(٤) الشربيني، مغني المحتاج (٤/ ٥٤١).

(٥) د. محمد الزحيلي، المرجع السابق (١/ ١٢٩)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٣٨٥؛ ود. حامد الفقي، المرجع السابق ص:٤٦.

به الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، وهو المذهب عند الحنابلة[4].

وقد استدلوا لذلك بالكتاب والسُّنَّة والمعقول.

١ ـ من الكتاب:

• قال الله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة في كونها أمرت باستشهاد الرجال، والصبي لا يسمى رجلاً، وعلى هذا لا تُقبل شهادته[5].

• قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥۗ﴾. [البقرة: ٢٨٣].

ووجه الدلالة أن الآية رتّبت الإثم على كتمان الشهادة، والصبي لا يأثم؛ لأن التكليف مرفوع عنه، ومن ثم فإن شهادته غير معتبرة[6].

٢ ـ من السُّنَّة:

حديث أمير المؤمنين علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: **«رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلاثَةٍ؛ عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ،**

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٤٠٤).

(٢) ابن جزي، القوانين الفقهية ص:٢٣٧؛ وابن فرحون، تبصرة الحكام (١/ ٢١٥)؛ وابن عرفة، حاشية الدسوقي (٤/ ١٦٥).

(٣) الشيرازي، المهذب (٢/ ٤٥٣)؛ والشربيني، الإقناع ص:٦٣٢، ومغني المحتاج (٤/ ٥٤١).

(٤) ابن قدامة، المغني (٩/ ٢٠٤٠)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٦/ ٤٢٥)؛ والمرداوي، الإنصاف (١٢/ ٣٧).

(٥) الشيرازي، المهذب (٢/ ٤٥٣)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٤/ ٥٤١)؛ والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٣٨٥)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٣٨٦؛ ود. حامد الفقي، المرجع السابق ص:٤٦.

(٦) ابن قدامة، المغني (١٤/ ١٤٧).

وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ»[1].

ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول ﷺ أخبر أن الصبي غير البالغ مرفوع عنه القلم. ومعنى هذا أنه غير مكلَّف، ومن ثم تكون تصرفاته غير صحيحة، ومنها شهادته، فلا تُقبل حتى يبلغ، فإذا بَلَغَ شمله التكليف الشرعي وقُبلت شهادته[2].

٣ ـ من المعقول:

إنَّ مما لا يختلف بشأنه العقلاء أن الصبي لا يؤتمن على حفظ أمواله وضمان حُسن التصرّف فيها؛ فمن أين له أن يؤتمن على حفظ حقوق غيره. ومن كانت هذه حاله فلا يمكن قبول شهادته لعدم ائتمانه[3].

الرابع: العدالة

والعدالة هي الاعتدال والتوسط في الأحوال الدينية، وذلك بأن يكون الشاهد مجتنباً للكبائر، محافظاً على مروءته وعلى ترك الصغائر، ظاهر الأمانة غير مغفّل[4]. وقيل: بأن العدالة هي صفاء السريرة

---

(١) أخرجه: أبو داود، السنن، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدّاً (٤/ ١٤١)؛ والحاكم، المستدرك (١/ ٣٨٩) وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه»؛ وابن حبان، صحيح ابن حبان (١/ ٣٥٦)؛ والبيهقي، السنن الكبرى (٨/ ٢٦٥)؛ والدارقطني، سنن الدارقطني (٣/ ١٣٨)؛ وابن ماجه، السنن، من حديث عائشة (١/ ٦٥٨)؛ وأحمد، المسند (١/ ١١٦، ١١٨، ١٤٠، ١٥٥، ١٥٨) و(٦/ ١٠٠، ١٤٤، ١٠٠١).

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير (٧/ ٤٠٠)؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٣٨٦ ـ ٣٨٧؛ ود. حامد الفقي، موانع الشهادة ص: ٤٧.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق (٧/ ٧٧)؛ والشيرازي، المهذب (٢/ ٤٥٣)؛ ود. صالح الهليل، المرجع نفسه ص: ٣٨٧، د. حامد الفقي، المرجع نفسه ص: ٤٨.

(٤) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٣٩٦)؛ وعليش، فتح العلي المالك =

واستقامة السيرة في ظن المعدِّل. والمعنى متقارب[1].

شهادة الفاسق:

وعلى ما تقدم، لا يستشهد الفاسق باتفاق الفقهاء، وهذا في حال الأداء دون التحمل[2].

ويستند هذا الشرط إلى ظاهر القرآن الكريم في آيات كثيرة منه؛ كقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ...﴾ [الطلاق: ٢]. فالآية تأمر بإشهاد ذوي العدالة من المسلمين، ومفهوم ذلك أن الفاسق لا يستشهد. وكقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ...﴾ [الحجرات: ٦]، وفي هذه الآية الكريمة جاء الأمر بالتوقف عن قبول نبإ من الفاسق حتى تتجلى الحقيقة؛ لأن الشهادة نبأ، ومن ثم وجب التوقّف بشأن قبولها من عدمه إلى أن يتبيَّن الحق[3].

وبناء على اعتبار شرط العدالة في حال الأداء دون التحمّل، فلو أن فاسقاً سمع شيئاً أو رآه، ثم تاب وعُدِّل فشهد بما رأى أو سمع حال فسقه، فإنه تُقبل شهادته بلا خلاف بين الفقهاء[4].

لكن السؤال الذي يتبادر للأذهان في هذه المسألة: من أين جاء التفريق بين حال التحمّل وحال الأداء في شهادة الفاسق مع أن الآيات القرآنية لم تفرِّق؟.

= (٢/ ٣١١)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٤/ ٥٤١)؛ ود. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (١/ ٣٠).

(١) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٣٩٦).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٤٠٥)؛ وابن جزي، القوانين الفقهية ص: ٣٣٧، والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٣٩٦)؛ والشربيني، الإقناع ص: ٦٣٢؛ وابن قدامة، المغني (٩/ ١٦٥، ٢٠٤)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٣٩٧.

(٣) ابن قدامة، المغني (٩/ ١٦٥، ٢٠٤)؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٣٩٧.

(٤) ابن قدامة، المرجع نفسه (٩/ ٢٠٤).

والجواب: أن المعتبر حال الشاهد وقت الأداء لا وقت التحمّل؛ ذلك أن وقت الأداء هو زمن العمل بالشهادة والإفادة منها والالتزام بها، ومن ثم يكون اعتبار الأهلية حينئذ[1].

هذا، وإن الفسق نوعان:

النوع الأول: الفسق بالأقوال والأفعال:

مثل: ارتكاب كبائر الذنوب والمعاصي؛ كالزنى، والقذف ونحوهما. وهذا النوع من الفسق يحول دون قبول شهادة مرتكبه. قال ابن قدامة (ت٦٢٠هـ): «فالفسوق نوعان: أحدهما من حيث الأفعال، فلا نعلم خلافاً في ردِّ شهادته»[2]، وهذا ما سبقت الإشارة إليه في مستهل ذكر شرط العدالة أنه محلّ اتفاق بين الفقهاء.

النوع الثاني: الفسق بالاعتقاد:

وهو اعتقاد البدعة.

وقد اختلف الفقهاء في ردِّ شهادة الفاسق اعتقاداً.

ولهم في المسألة قولان:

القول الأول: إن شهادة الفاسق بالاعتقاد مردودة غير مقبولة.

وذهب إلى هذا القول: المالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5].

---

(١) عبد الله بن محمود الموصلي ت٦٨٣هـ، الاختيار لتعليل المختار (لا.ط؛ القاهرة: مطبعة محمد علي صبيح، د.ت) ص: ٢٤٠؛ د. صالح الهليل، المرجع السابق ٤/ ٣٩٧.

(٢) ابن قدامة، المغني (٩/ ١٦٥).

(٣) الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/ ١٦٥)؛ والشرح الصغير مع بلغة السالك (٢/ ٣٢٣).

(٤) الشربيني، الإقناع (٢/ ٣١٤).

(٥) ابن قدامة، المغني (٩/ ١٦٥)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٦/ ٤٢٠).

القول الثاني: إنه لا مانع من قبول شهادة الفاسق بالاعتقاد.

وذهب إلى هذا القول الحنفية[1]، حيث قالوا بقبول شهادة أهل الأهواء؛ أي: أصحاب البدع التي لا تُكَفِّر، واستثنوا من ذلك الخطابية[2].



أ ـ أدلة القول الأول:

استدل المانعون من قبول شهادة الفاسق اعتقاداً بالكتاب والمعقول.

١ ـ من الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ...﴾ [الحجرات: ٦].

فهذه الآية الكريمة أمرت المؤمنين بالتثبت والتوقف في قبول خبر الفاسق، ومنه شهادته، ولم تفرّق الآية بين فاسق بفعل أو باعتقاد، وعلى هذا فالحكم يعمّ الحالين[3].

---

(١) أحمد بن محمد القدوري ت٤٢٨هـ، الكتاب، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد (لا.ط؛ بيروت: دار الكتاب العربي، د.ت) ٤/ ٦٣؛ ومحمد علاء الدين الحصكفي ت١٠٨٨هـ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار ـ مطبوع مع حاشية ابن عابدين ـ (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٥م) ١٠٦/٧ ـ ١٠٧.

(٢) الخطابية: هم قوم من غلاة الروافض ينسبون إلى أبي الخطاب رجل كان بالكوفة، وكان يقول بإمامة إسماعيل بن جعفر، فلما مات رجع إلى القول بإمامة جعفر، وغالى في ذلك غلواً كبيراً. (محمد بن عبد الكريم بن أحمد الشهرستاني ت٥٤٨هـ، الملل والنحل، تحقيق: أمير علي مهنا وعلي حسن فاعور؛ بيروت: دار المعرفة، ١٤١٣هـ، ١/ ٣٨٠ ـ ٣٨١).

(٣) ابن قدامة، المغني (٩/ ١٦٥ ـ ١٦٦)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٦/ ٤٢٠)؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٣٩٩.

٢ ـ من المعقول:

إن الفاسق بالاعتقاد لا يختلف كثيراً عن الفاسق بالأفعال، بل إن ضرره أكثر وخطره أعظم ومن ثم فتردّ شهادته ولا تقبل لوجود وصف الفسق فيه[1].

ب ـ أدلة القول الثاني:

استدلّ أصحاب القول الثاني لتسويغ قبول شهادة الفاسق اعتقاداً بدليل عقلي مفاده أن الفاسق بالاعتقاد مسلم غير متهم بالكذب؛ لأنه يرى أنه على صواب وفق اعتقاده، وأن هذا هو الدِّين الحق في نظره، ومن ثم فاعتقاده على هذه الشاكلة لا يدفعه البتة للكذب، وعليه لا مانع من قبول قوله في الشهادة لعدم تهمته[2].

أما استثناء الخطابية في قبول الشهادة فليس السبب فيه كونهم أهل بدعة فحسب، وإنما لأنهم يعتقدون وجوب الشهادة لمن حلف أنه محق في دعواه، ويقولون بأن المسلم لا يحلف كاذباً[3]. وقيل: لاعتقادهم وجوب الشهادة لمن كان على رأيهم؛ فصارت التهمة متمكنة في شهادتهم فرُدَّت لذلك[4].

• مناقشة الأدلة والترجيح:

أ ـ مناقشة أدلة القول الأول:

اعترض أصحاب القول الثاني على استدلال مخالفيهم بعموم الآية

---

(١) ابن قدامة، المرجع السابق (٩/ ١٦٦)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٤٠٠.

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير (٧/ ٤١٦)؛ ود. صالح الهليل، المرجع نفسه ص: ٤٠٠.

(٣) السرخسي، المبسوط (١٦/ ١٣٢)؛ وابن نجيم، البحر الرائق (٧/ ٩٣)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (١/ ٧٩ ـ ٨٠).

(٤) ابن الهمام، المرجع نفسه (٧/ ٤١٦).

من سورة الحجرات، وقالوا بأنها وإن كانت عامة إلا أنها مخصوصة بالفسق الفعلي. ومما يدل على التخصيص الاتفاق على قبول رواياتهم للحديث النبوي، بل إننا نجد في الصحيحين وغيرهما الكثير منهم، ومع ذلك قُبلت روايتهم مع أنه يشترط في الراوي عدم الفسق، وهذا دليل على أن المراد بالفسق هنا هو الفسق الفعلي فحسب[1].

ب - الترجيح:

يظهر والله أعلم أن ترجيح أحد القولين في المسألة أمر يصعب الفصل فيه، **وإنما تحتاج المسألة إلى تفصيل مؤداه:**

١ - اعتماد الأصل العام في تحقق شرط العدالة على الإسلام، وعدم الاشتهار بالكذب سواء في التحمل أو الأداء.

قال محمد بن أحمد عليش (ت٢٩٩هـ): «صفة العدل الذي تقبل شهادته في زمننا: عدم الاشتهار بالكذب مع العدالة»[2].

٢ - منح القاضي سلطة تقديرية بشأن قبول شهادة الفاسق اعتقاداً من عدمها.

٣ - ضرورة التمييز بين صاحب البدعة الداعي لها، والمتعصِّب لفكرته وله أنصار وأتباع، وبين المغمور التابع لغيره الذي لا حول له ولا قوة؛ فإن ردَّ شهادة الأول فيها صون للعامة من الاغترار به لئلا يفسد عليهم دينهم. أما قبول شهادة الثاني فليس فيما يبدو فيها مضرّة لعدم اغترار الناس به[3].

٤ - إن الشهادة على الديون لا علاقة لها بالأمور الاعتقادية، وإنما هي معاملات مالية صرفة، ومن ثم يستبعد الغش في الشهادة.

---

(١) ابن الهمام،، المرجع نفسه (٧/٤١٦)؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٣٩٩ - ٤٠٠.

(٢) عليش، فتح العلي المالك (٢/٣١١).

(٣) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٤٠٠.

الخامس: الضبط

الضبط هو حفظ الشيء بحزم[1]. وعلى هذا فالضبط في الشهادة يعني إتقانها وإبعاد الغلط فيها، ومنه فلا تصحّ شهادة المغفّل الذي يكثر منه الغلط، ولا المعروف بين الناس بكثرة السهو والنسيان لانعدام الثقة فيما يصدر عنهما، إذ من المحتمل كون الشهادة المؤداة مما ورد فيها الغلط أو النسيان[2].

السادس: البصر

ذهب جانب من الفقه إلى عدم صحة شهادة فاقد البصر، في حين يرى آخرون قبولها. ومن هنا اختلف الفقهاء بشأن استشهاد الأعمى على الديون، **ولهم في المسألة قولان هما:**

القول الأول: لا مانع من قبول شهادة الأعمى على الديون.

وذهب إلى هذا القول: المالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5]، والظاهرية[6].

---

(١) الرازي، مختار الصحاح ص: ٢٤٥؛ والفيومي، المصباح المنير (٢/ ٣٥٧)، مادة: «ض ب ط».

(٢) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام (١/ ١٨٤)؛ والشيرازي، المهذب (٢/ ٤٥٣)؛ والشربيني، الإقناع ص: ٦٣٢، ومغني المحتاج (٤/ ٥٤١)؛ وابن قدامة، المغني (٩/ ١٦٧)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٦/ ٤١٨)؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٤٠١.

(٣) ابن جزي، القوانين الفقهية ص: ٣٣٧؛ والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٣٩٠ ـ ٣٩١)؛ والدردير، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك (٢/ ٣٢٤)؛ وابن عرفة، حاشية الدسوقي (٤/ ١٦٧).

(٤) الشيرازي، المهذب (٢/ ٤٦٩)؛ والغزالي، الوجيز (٢/ ١٥٣).

(٥) ابن مفلح، المبدع (١٠/ ٢٣٧ ـ ٢٣٨)؛ والرحيباني، مطالب أولي النهى (٦/ ٦٢٢).

(٦) ابن حزم، المحلى (١٠/ ٦٣٧).

القول الثاني: إن شهادة الأعمى لا يمكن قبولها، سواء أكان بصيراً وقت التحمل أم لا.

وهذا القول لأبي حنيفة (ت١٥٠هـ)، ومحمد بن الحسن الشيباني (ت١٨٩هـ)، وخالفهما أبو يوسف (ت١٨٢هـ)، حيث رأى قبول شهادة الأعمى، فيما تحمّله قبل العمى إذا أدّاه بعده[(١)].



أ ـ دليل أصحاب القول الأول:

استدل المالكية على قبول شهادة الأعمى على الأقوال ـ ومنها: الإشهاد على وثيقة الدَّين ـ بقولهم: إنَّ الأعمى يضبط الأقوال بسمعه ويعيها، فلا مانع من قبول شهادته بها[(٢)]. وهذا نفسه ما استدل به الحنابلة إذ قاسوا الأعمى على البصير في ضبط ما يسمعه ويعيه[(٣)].

ب ـ دليل أصحاب القول الثاني:

استدلّ القائلون بعدم قبول شهادة الأعمى بقولهم: إنَّ سماع الشاهد من الخصم شرط لصحّة الشهادة، وهذا أمرٌ لا يتحقّق إلا بالرؤية، وإن حصل بالسمع فإن نبرات الصوت يشبه بعضها بعضاً؛ فلا يحصل للأعمى التمييز بين الأشخاص، ومن ثم يتعذّر قبول شهادته[(٤)].

---

(١) الطحاوي، مختصر الطحاوي ص:٣٣٢؛ والكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٤٠٤)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٤٠٧.

(٢) ابن عرفة، حاشية الدسوقي (٤/ ١٦٧)؛ ود. صالح الهليل، المرجع نفسه ص:٤٠٧.

(٣) ابن مفلح، المبدع (١٠/ ٢٣٨)؛ ود. صالح الهليل، المرجع نفسه ص:٤٠٨.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٤٠٤)؛ والموصلي، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٢٣٤)؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٤٠٨.

- **المناقشة والترجيح:**

أ ـ مناقشة استدلال أصحاب القول الثاني:

نوقش استدلال الحنفية القائم على أن تشابه الأصوات يحول دون التمييز بين الأشخاص، ومن ثم يتعذّر أداء الشهادة؛ بأن الأصوات ليست في كل الأحوال ولا في أغلبها متشابهة، فإن حدث أن تشابهت على الأعمى، ولم يحصل له العلم اليقيني بالمشهود عليه؛ فإنه لا يجوز له أن يشهد. كما أن البصير إذا اشتبه عليه الأمر لا يشهد، إلا إذا حصل اليقين، وعندئذ لا مانع يحول بينه وبين الشهادة. وعلى هذا فمدار الشهادة على حصول اليقين بشأن المشهود عليه، ولا عبرة بِفَقْدِ البَصَر أو وجوده[1].

ب ـ الترجيح:

بعد ردّ استدلال المانعين من قبول شهادة الأعمى يترجّح لدينا القول الأول، وأنّ شرط البصر في الشاهد لا مبرر له؛ إذ مدار الأمر في كل الأحوال على حصول العلم اليقيني[2]. ويستند هذا الترجيح إلى ما يلي:

١ ـ عدم وجاهة ما استند إليه أصحاب القول الثاني بعد مناقشته.

٢ ـ ظهور أن الأصل في كل الأحوال في قبول الشهادة على حصول العلم اليقيني.

٣ ـ المصلحة تقتضي الاستفادة من جميع الطاقات التي تدعم توثيق الديون والحقوق وأنه لا يستبعد إلا ما كان تأثيره السلبي مؤكد، وهذا غير متحقق في شهادة فاقد البصر.

---

(١) الرحيباني، مطالب أولي النهى (٦/ ٦٢٢)؛ وابن حزم، المحلى (١٠/ ٦٣٩)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٤٠٨.

(٢) د. صالح الهليل، المرجع نفسه ص:٤٠٨.

السابع: التكلم

ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يشترط في الشاهد أن يكون متكلِّماً، فالأخرس لا تُقبل شهادته، ويرى آخرون قبول تلك الشهادة. وعليه فالمسألة فيها قولان:

القول الأول: يمكن قبول شهادة الأخرس إن كانت إشارته مفهومة.

وهذا هو مذهب المالكية[١]، وهو قول عند الشافعية[٢]، وقول عند الحنابلة[٣] فيما طريقه الرؤية[٤].

القول الثاني: لا تُقبل شهادة الأخرس مطلقاً.

وهذا القول هو مذهب الحنفية[٥]، وقول مرجَّح عند أكثر الشافعية[٦]، وهو المذهب عند الحنابلة[٧].



أ ـ أدلة القول الأول:

استدل القائلون بقبول شهادة الأخرس الذي تُفهم إشارته بالتعليلين الآتيين:

---

(١) ابن عبد البر، الكافي ص: ٤٦٤؛ والخرشي، الخرشي على مختصر خليل (٤/ ٧/ ١٧٩)؛ وابن عرفة، حاشية الدسوقي (٤/ ٢٥٩).

(٢) الشيرازي، المهذب (٢/ ٤٥٣)؛ والشربيني، الإقناع ص: ٦٣٢.

(٣) مجد الدين عبد السلام بن تيمية الجد ت٦٥٢هـ، المحرر في الفقه (لا . ط؛ بيروت: دار الكتاب العربي، د. ت) ٢/ ٢٨٧؛ والمرداوي، الإنصاف (١٢/ ٣٩).

(٤) ينظر: د. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٤٠٨.

(٥) السرخسي، المبسوط (١٦/ ١٣٠)؛ والموصلي، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ١٣٥)؛ والبابرتي، العناية على الهداية (٧/ ٣٩٩).

(٦) الشيرازي، المهذب (٢/ ٤٥٣)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٤/ ٥٤١).

(٧) ابن قدامة، الكافي (٤/ ٥٢١)؛ وابن تيمية الجد، المحرر في الفقه (٢/ ٢٨٦)؛ والمرداوي، الإنصاف (١٢/ ٣٨)؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٤٠٩.

الأول: إن ما يمنع من شهادة الأخرس هو عدم النطق، فإذا وُجد ما يؤدي إلى المقصود؛ كالإشارة المفهومة زال المانع من قبول شهادته[1].

الثاني: إن إشارة الأخرس معتبرة في نكاحه وطلاقه، ومن ثم تُقبل في شهادته قياساً على ذلك[2].

ب ـ أدلة القول الثاني:

واستدل المانعون لشهادة الأخرس بالتعليلين التاليين:

الأول: إن الأخرس غير قادر على النطق بلفظ الشهادة، التي يتوقف أداؤها على التلفظ بها، فإن الشاهد المتكلم لو قال: أخبر أو أعلم؛ فإنه لا يُقبل منه، ومن ثم يتعذّر قبول شهادة الأخرس من باب أولى[3].

الثاني: إن قبول شهادة الأخرس بإشارته لا يخلو من الاشتباه؛ لأن الإشارة لا تفيد العلم اليقيني، وعلى هذا فالشبهة متحققة في شهادة الأخرس مما يدعو إلى عدم قبولها[4].

• مناقشة الأدلة والترجيح:

أ ـ مناقشة أدلة القول الأول:

إن قياس إشارة الأخرس في الديون على شهادته في النكاح والطلاق غير مستقيم؛ ذلك أن قبول إشارته في عقد الزواج أو إنهائه هي

---

(١) الشيرازي، المهذب (٢/ ٤٥٣).

(٢) الشيرازي، المرجع نفسه (٢/ ٤٥٣)؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٤٠٩ ـ ٤١٠.

(٣) السرخسي، المبسوط (١٦/ ١٠٣).

(٤) السرخسي، المرجع نفسه (١٦/ ١٠٣)؛ والرحيباني، مطالب أولي النهى (٦/ ٦١٠).

من باب الضرورة، حيث لا يمكن استفادة ذلك إلا من جهة الإشارة بالنسبة إليه، والضرورة تقدّر بقدرها. أما ما يتعلق بالشهادة فلا ضرورة إليها نظراً لإمكان حصولها من غيره نطقاً، ومن ثم لا يمكن إجراء القياس لوجود الفارق[1].

ب ـ مناقشة أدلة القول الثاني:

إن التعليل الأول مبنيٌّ على مسألة خلافية، وهي اشتراط التلفّظ بالشهادة لصحّتها، وهذا الأمر غير مسلَّم به؛ لأن المقصود حصول العلم بالمشهود عليه بأي لفظ يؤدي الغرض، فالعبرة بالمعاني لا بالألفاظ. وعلى هذا فالاحتجاج بالمذهب غير ملزم للخصم في هذه المسألة[2].

أما التعليل الثاني القائم على اعتبار الإشارة تتضمن الاحتمال والشبهة، فإنه غير مسلّم به؛ ذلك أن الإشارة المفهمة توصل إلى اليقين؛ لأن الشرط عند المخالف كونها مفهمة، فإن كانت خلاف ذلك بحيث تترك مجالاً للشبهة والاحتمال، فإنها غير مقبولة لدى الجميع[3].

ج ـ الترجيح:

يظهر ـ والله أعلم ـ رجحان القول الأول، وهذا لسببين:

ـ إن المانع من قبول شهادة الأخرس هو كونها محتملة، فإن تلك الإشارة إذا كانت مفهمة ـ كما يشترط معتبرها ـ فالمانع قد زال، وتؤدي الإشارة الغرض منها وهو معرفة المقصود، ومن ثم يترجّح قبولها، والله أعلم[4].

---

(١) الشيرازي، المهذب (٢/ ٤٥٣)؛ وينظر: ابن مفلح، المبدع (١٠/ ٢١٤ ـ ٢١٥)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٤١٠.

(٢) د. صالح الهليل، المرجع نفسه ص: ٤١٠.

(٣) المرجع نفسه ص: ٤١١.

(٤) المرجع نفسه.

ـ المصلحة بدعم التوثيق بالشهادة في الديون والحقوق ومشاركة جميع أفراد المجتمع في هذه المهمة، والاستفادة من مختلف الطاقات إن تأكد لدينا حصول المقصود وهو التوثق.

الثامن: انتفاء التهمة

اتفق الفقهاء على اشتراط انتفاء التهمة في الشاهد لقبول شهادته، ثم اختلفوا فيما يعتبر تهمة مؤثرة في الشهادة وما لا يعتبر تهمة[1].

وعمدة اتفاقهم على هذا الشرط: السُّنَّة والمعقول.

أما السُّنَّة فاستندوا إلى جملة أحاديث منها:

ـ حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدِّه رضي الله عنه **«أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ رَدَّ شَهَادَةَ الخَائِنِ وَالخَائِنَةِ، وَذِي الغِمْرِ عَلَى أَخِيهِ، وَرَدَّ شَهَادَةَ القَانِعِ لأَهْلِ البَيْتِ، وَأَجَازَهَا لِغَيْرِهِمْ...»**[2].

ووجه الدلالة على المطلوب من هذا الحديث قوله: «ذِي الغِمْرِ»؛ أي: ذي الحقد والبغضاء ونحوهما مما يكون سبباً للعداوة. وكذلك قوله: «القَانِعِ»؛ أي: التابع لأهل البيت المخالط لهم كالأجير الخاص مثلاً. وسبب ردِّ الشهادة في الحالين هو وجود التّهمة التي ترجِّح التحامل ضد الأول، أو المحاباة لصالح الثاني[3].

---

(١) السرخسي، المبسوط (٢/ ١٦/ ١٢٠)؛ وابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٤٦٢ ـ ٤٦٣)؛ والشيرازي، المهذب (٢/ ٤٦٠)؛ والشربيني، الإقناع ص: ٦٣٢؛ وابن قدامة، المغني (٩/ ١٩٢)؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٤١١.

(٢) أخرجه: أبو داود، السنن، كتاب الأيمان والنذور، باب من ترد شهادته (٣/ ٣٠٦)؛ وأحمد، المسند (٣/ ٢٠٤، ٢٢٥، ٢٢٦)؛ والدارقطني، سنن الدارقطني (٤/ ٢٤٣)؛ والبيهقي، السنن الكبرى (١٠/ ٢٠٠).

(٣) ينظر: أبو داود، السنن (٣/ ٣٠٦)؛ والبيهقي، السنن الكبرى (١٠/ ٢٠٠)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٤١٣.

- حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**لا تَجُوزُ شَهَادَةُ ذِي الظِّنَّةِ وَلا ذِي الحِنَةِ**»[(١)].

ووجه الدلالة من الحديث هو التصريح بأن التهمة تمنع الشهادة؛ لأن المراد بذي الظنة صاحب التهمة، وكذلك المقصود بذي الحنة أي صاحب العداوة[(٢)].

أما الاستدلال بالمعقول؛ فإن الشهادة في حقيقتها خبرٌ يحتمل الصدق أو الكذب، ولا يمكن اعتبارها حجّة في إفادة العلم إلا إذا كان جانب الصدق هو الراجح. فإن ظهر ما يدعو للتهمة فلا يترجّح كون خبر الشهادة صدقاً[(٣)].

صور التهمة الموجبة لردِّ الشهادة

أما فيما يخص صور التهمة الموجبة لردِّ الشهادة، فهي كثيرة، ومحل أخذ وردٍّ بين الفقهاء، وأهم تلك الصور:

* أولاً: الولادة:

إن شهادة الوالد لولده وإن سفل، وشهادة الولد لأبيه وإن علا؛ هي محل اختلاف بين الفقهاء في اعتبارها تهمة تحول دون قبول الشهادة أو عدم اعتبارها تهمة. وللفقهاء في هذه المسألة أقوال ثلاثة هي:

---

(١) أخرجه: الحاكم، المستدرك (٤/ ١١١) وقال: «هذا حديث حسن صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه».

(٢) البيهقي، السنن الكبرى (١٠/ ٢٠١)؛ والشيرازي، المهذب (٢/ ٤٦٠)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٤١٤.

(٣) ينظر: السرخسي، المبسوط (١٦/ ١٢١)؛ ود. صالح الهليل، المرجع نفسه ص: ٤١٤.

ـ **القول الأول: لا تُقبل شهادة الوالد لولده وكذا العكس:**

وهذا القول مذهب الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، وهو ظاهر المذهب عند الحنابلة[4].

ـ **القول الثاني: تقبل شهادة الوالد لولده وكذا العكس.**

وهذا القول مذهب الظاهرية[5]، وذهب إليه[6]: شريح[7]، وأبو ثور[8]، وهو رواية عن أحمد بن حنبل (ت٢٤١هـ)[9].

---

(١) الطحاوي، مختصر الطحاوي ص:٣٣٥؛ والسرخسي، المرجع السابق؛ والقدوري، الكتاب (٤/ ٦٠).

(٢) مالك بن أنس، المدونة (٥/ ١٥٤ ـ ١٥٥)؛ وابن عبد البر، الكافي ص:٤٦١.

(٣) الشيرازي، المهذب (٢/ ٤٦١)؛ والغزالي، الوجيز (٢/ ١٥١).

(٤) ابن قدامة، المغني (٩/ ١٩٢)؛ والمرداوي، الإنصاف (١٢/ ٦٦)؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٤١٤ ـ ٤١٥.

(٥) ابن حزم، المحلى (١٠/ ٦٠٤).

(٦) ابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٤٦٤)؛ والشيرازي، المهذب (٢/ ٣٣٠)؛ وابن قدامة، المغني (٩/ ١٩١).

(٧) هو شريح بن الحارث بن قيس الكندي، أبو أمية، من أشهر القضاة في صدر الإسلام. أصلة من أولاد الفرس الذين كانوا باليمن. كان في زمن النبي ﷺ ولم يسمع منه، ولي القضاء الكوفة في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية ﷺ، واستعفى في أيام الحجاج فأعفاه سنة ٧٧هـ. كان ثقة في الحديث، مأموناً في القضاء، له باع في الشعر والأدب. مات بالكوفة سنة ٧٨هـ. (ابن حجر، تهذيب التهذيب ٤/ ٣٢٦).

(٨) هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان، وأبو ثور لقبه، ولد عام ١٧٠هـ، من أهل بغداد، فقيه من أصحاب الإمام الشافعي، توفي سنة ٢٤٠هـ، له كتب منها كتاب ذكر فيه اختلاف مالك والشافعي. (ابن حجر، تهذيب التهذيب ١/ ١١٨).

(٩) ابن قدامة، المغني (٩/ ١٩١)؛ المرداوي، الإنصاف (١٢/ ٦٦)؛ د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٤١٥.

ـ القول الثالث: شهادة الولد لأبيه مقبولة، أما شهادة الوالد لولده فغير مقبولة.

وهذا القول رواية عن أحمد بن حنبل (ت٢٤١هـ)[1].



الأدلة:

أ ـ أدلة القول الأول:

استدل المانعون من قبول شهادة الوالد لولده، وكذا العكس بالسُّنَّة والمعقول.

١ ـ من السُّنَّة:

حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «**لا تَجُوزُ شَهَادَةُ الوَالِدِ لِوَلَدِهِ، وَلا الوَلَدُ لِوَالِدِهِ، وَلا الْمَرْأَةُ لِزَوْجِهَا، وَلا الزَّوْجُ لامْرَأَتِهِ**»[2].

وهذا النص صريح في دلالته على ردِّ الشهادة بين الفروع والأصول.

---

(١) ابن قدامة، المرجع السابق (٩/ ١٩١)؛ المرداوي، المرجع السابق (١٢/ ٦٦)؛ ابن مفلح، المبدع (١٠/ ٢٤٣)؛ د. صالح الهليل، المرجع السابق، ص٤١٥.

(٢) أخرجه: شيرويه بن شهردار الديلمي ت٥٠٩هـ، الفردوس بمأثور الخطاب، تحقيق: سعيد زغلول ج٥ (ط:١؛ بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٨٦م) ص:١٤٤، وقال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٨٢) عقب ذكر الحديث: «قلت: غريب، وهو في مصنف ابن أبي شيبة وعبد الرزاق من قول شريح... وأخرجا نحوه عن إبراهيم النخعي. وقال في الخلاصة: رواه الخصاف بإسناده عن النبي ﷺ». وقال في «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» (٢/ ١٧٢) عقب ذكر الحديث: «لم أجده، ويقال: إن الخصاف أخرجه بإسناده مرفوعاً، وأخرج عبد الرزاق وابن أبي شيبة من قول شريح...».اهـ. وينظر: عبد الله بن محمد بن أبي شيبة ت٢٣٥هـ، المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت ج٤ (ط:١؛ الرياض: مكتبة الرشد، ١٤٠٩هـ) ص:٥٣١؛ وعبد الرزاق بن همام الصنعاني ت٢١١هـ، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمٰن الأعظمي ج٨ (ط:٢؛ بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٣هـ) ص:٣٤٣.

٢ ـ من المعقول:

إن الطبيعة التي خلق الله عليها الإنسان تجعله يميل إلى أقاربه وذويه، ومن ثم فإن التهمة واردة في الشهادة بين الفروع وأصولهم، مما يدعو إلى عدم قبولها[١].

ب ـ أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بقبول الشهادة بين الفروع والأصول مطلقاً بالكتاب والمعقول.

١ ـ من الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ...﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أنها جاءت عامة تشمل الآباء والأبناء وغيرهم، حيث لم تخص شاهداً من الرجال دون غيره[٢].

٢ ـ من المعقول:

إنّ كلاً من الوالد والولد إذا تحققت فيهما العدالة المطلوبة في الشهادة، فإنه تُقبل شهادة كل منهما على الأجنبي عنهما، وما دام الأمر كذلك، فالقياس يقتضي قبولها في هذا الموضع بأن تصح شهادة أحدهما على الآخر[٣].

ج ـ أدلة القول الثالث:

استدل القائلون بقبول شهادة الولد لأبيه دون قبول شهادة الوالد

---

(١) الشيرازي، المهذب (٢/ ٤٦١)؛ ابن قدامة، المغني (٩/ ١٩٢)؛ د. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٤١٦.

(٢) الشيرازي، المرجع نفسه؛ ابن قدامة، المرجع نفسه؛ د. صالح الهليل، المرجع نفسه ص: ٤١٧.

(٣) الشيرازي، المرجع نفسه؛ ابن قدامة، المرجع نفسه؛ د. صالح الهليل، المرجع نفسه.

لولده بقولهم: إن شهادة الوالد لولده تجرّ للأب نفعاً، وذلك لأن مال الولد في حكم مال الأب، بحيث يمكنه أن يتملكه إذا أراد، وبالتالي فشهادته لولده هي شهادة لنفسه تجرّ له النفع فلا تُقبل. أما شهادة الولد فلا مانع لأن المعنى المذكور غير موجود، إذ ليس للولد أن يتملّك مال والده[1].

• المناقشة والترجيح:

أ ـ مناقشة أدلة أصحاب القول الأول:

يمكن الاعتراض على ما استدل به أصحاب القول الأول من أنّ الحديث المستند إليه غير ثابت الصحّة لدى علماء الحديث؛ فقد قال الزيلعي[2] في «نصب الراية» بأنه «غريب»[3]، وقال ابن حجر (ت٨٥٢هـ) في «الدراية»: «لم أجده»[4]. أما ما ذكر من أنه روي مرفوعاً عند الخصاف[5] في كتابه «أدب القضاء»، ففي سنده يزيد بن أبي زياد وهو ضعيف[6].

---

(١) ابن قدامة، المرجع السابق (٩/ ١٩١)؛ د. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٤١٨.

(٢) هو عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، الحنفي، جمال الدين، أبو محمد، محدث، أصولي، توفي سنة ٧٦٢هـ. من آثاره: تخريج أحاديث الكشاف، ونصب الراية. (كحالة، معجم المؤلفين ٢/ ٣٠٧).

(٣) الزيلعي، نصب الراية (٤/ ٨٢)

(٤) ابن حجر، الدراية (٢/ ١٧٢)

(٥) هو أحمد بن عمر بن مُهَر الشيباني، الخصاف، أبو بكر، فقيه، محدث، عالم بالرأي، عارف بمذهب أبي حنيفة، توفي ببغداد سنة ٢٦١هـ. من آثاره: الحيل والمخارج على المذهب الحنفي، كتاب الخراج، أدب القاضي، المحاضر والسجلات، وأحكام الوقف (كحالة، معجم المؤلفين ١/ ٢١٩).

(٦) زياد بن أبي زياد الهاشمي مولاهم، الكوفي، ضعيف، كبر فتغير وصار يتلقن وكان شيعياً، مات سنة ١٣٦هـ (ابن حجر، تقريب التهذيب ص: ٥٣١)؛ وينظر: د. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٤١٢، ٤١٦.

ب ـ مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني:

إن استدلال أصحاب القول الثاني بعموم الآية الكريمة بشأن الاستشهاد على العقود غير مسلّم به، إذ العموم الوارد فيها مخصص بما ورد في السُّنَّة[١].

أما الاستدلال بالقياس على الأجنبي فلا يستقيم؛ ذلك أن كلاًّ من الولد والوالد عدل، ومع ذلك لا تقبل شهادته لنفسه، فليس كل عدل تقبل شهادته على كل حال، وفي كل موضع[٢].

ج ـ مناقشة أدلة أصحاب القول الثالث:

يمكن لأصحاب القول الأول الاعتراض على التفصيل الذي ذهب إليه أصحاب القول الثالث معللين رفضهم قبول شهادة الوالد لكونه منتفعاً، ومستثنين الولد من الانتفاع، وبالتالي لا يمنعون من قبول شهادته على أبيه.

والظاهر أن الولد كذلك ينتفع بمال أبيه عاجلاً أم آجلاً، فالتهمة مثلما هي موجودة في شهادة الأصل، فهي كذلك متحققة في شهادة الفرع لأصله. ومن ثم لا مبرر للفصل في الحكم بين الحالين[٣].

د ـ الترجيح:

بعد عرض ما استدل به كل فريق لتأييد ما ذهب إليه في مسألة الشهادة بين الفروع والأصول، وبعد مناقشة الأدلة، فإنه يظهر رجحان القول الأول الذي يقتضي رفض الشهادة بين الآباء والأبناء، وذلك للأسباب التالية:

---

(١) الشيرازي، المهذب (٢/ ٣٣٠)؛ ابن قدامة، المغني (٩/ ١٩٢)؛ د. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٤١٧.

(٢) الشيرازي، المرجع نفسه (٢/ ٤٦١)؛ ابن قدامة، المرجع نفسه؛ د. صالح الهليل، المرجع نفسه.

(٣) د. صالح الهليل، المرجع نفسه ص: ٤١٨.

١ ـ إن درجة القرابة القوية بين الفروع والأصول تجعل شهادة كل منهما للآخر بمثابة شهادة لنفسه مما يدعم جانب التهمة.

٢ ـ إن العدالة وحدها غير كافية في موضوع الإشهاد، وإلا فإن شهادة الإنسان العدل لنفسه لا مانع من قبولها. ومن ثم لا مبرر للإشهاد المأمور به أصلاً.

٣ ـ إن المقصود من الإشهاد والشهادة إثبات التصرفات والوقائع وإحقاق الحق وقطع النزاع، وإن في قبول الشهادة بين الفروع والأصول توسيعاً لدائرة النزاع.

٤ ـ إن ضعف الأخلاق، وفساد كثير من الذمم، وصعوبة تزكية الشهود تفرض قدراً كبيراً من التشدد وعدم التساهل في قبول الشهادة حتى تؤدي الغرض الذي شرعت من أجله، وهذا يتطلب سدّ جميع ذرائع التهمة.

* ثانياً: الزوجية:

اختلف الفقهاء بشأن قبول شهادة الزوج لزوجته أو شهادتها له على ثلاثة أقوال.

القول الأول: لا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر:

وهذا مذهب الحنفية(١)، والمالكية(٢)، وأحد القولين عند الشافعية(٣)، والمذهب عند الحنابلة(٤).

---

(١) الطحاوي، مختصر الطحاوي ص:٣٣٥؛ والموصلي، الاختيار لتعليل المختار (٢/٢٣٦).

(٢) ابن عبد البر، الكافي ص:٤٦٢؛ وابن جزي، القوانين الفقهية ص:٣٣٦.

(٣) الغزالي، الوجيز (٢/١٥١).

(٤) المرداوي، الإنصاف (١٢/٦٨)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٦/٤٢٨)؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٤١٨.

القول الثاني: تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر:

وهذا مذهب الظاهرية[1]، وأحد القولين عند الشافعية[2]، وإحدى الروايتين عند الحنابلة[3]، وهو مروي أنه قول الحسن البصري (ت١١٠هـ)[4]، وأبي ثور (ت٢٤٠هـ).

القول الثالث: تقبل شهادة الزوج لزوجته، ولا تقبل شهادتها له:

وهذا القول لابن أبي ليلى[5]، وإبراهيم النخعي (ت٩٥هـ)[6].

الأدلة:

أ ـ أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول الرافض قبول شهادة أحد الزوجين للآخر بالسُّنَّة والمعقول.

١ ـ من السُّنَّة:

حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: **«لا تَجُوزُ شَهَادَةُ الوَالِدِ لِوَلَدِهِ، وَلا الوَلَدُ لِوَالِدِهِ، وَلا الْمَرْأَةُ لِزَوْجِهَا، وَلا الزَّوْجُ لامْرَأَتِهِ»**[7].

---

(١) ابن حزم، المحلى (١٠/ ٦٠٤).

(٢) الشيرازي، المهذب (٢/ ٣٣٠)؛ والغزالي، الوجيز (٢/ ١٥١).

(٣) ابن قدامة، المغني (٩/ ١٩٣)؛ والمرداوي، الإنصاف (١٢/ ٦٨).

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٤٦٤)؛ وابن قدامة، المغني (٩/ ١٩٣)؛ د. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٤١٩.

(٥) هو عبد الرحمٰن بن أبي ليلى بن أبي يسار، أبو عيسى، تابعي جليل، ولد في عهد عمر رضي الله عنه، أدرك عشرين ومائة من أصحاب النبي ﷺ كلهم من الأنصار وروى عن كثير منهم، توفي سنة ٨٢هـ. (ابن حجر، تهذيب التهذيب ٦/ ٢٦٠).

(٦) ابن رشد، المرجع السابق (٢/ ٤٦٤)؛ وابن قدامة، المرجع السابق (٩/ ١٩٣)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٤١٩.

(٧) سبق تخريجه.

وهذا صريحٌ في ردِّ شهادة أحد الزوجين للآخر.

٢ ـ من المعقول:

إن التهمة متحققة في شهادة أحد الزوجين للآخر، وذلك لسببين؛ أولهما: أن الزوجية صلة تورث المحبّة والألفة والإيثار على الآخرين، فإذا حصل ذلك تمكّنت التهمة في شهادة أحد الزوجين للآخر، ومن ثم تردّ الشهادة[١]. أما الثانية: فهي أن كلّاً من الزوجين ينتفع من مال الآخر؛ فشهادته تجرّ له نفعاً، وعليه فشهادته مردودة[٢].

ب ـ دليل القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني الذي لا يرى مانعاً من قبول شهادة أحد الزوجين على الآخر بالقياس؛ حيث قالوا: بأن عقد الزوجية يطرأ ويزول، فلا يمنع قبول الشهادة قياساً على شهادة الأجير للمستأجر والعكس[٣].

جـ ـ دليل القول الثالث:

استند القائلون بقبول شهادة الزوج لزوجته وعدم قبول شهادتها له إلى القول بأن شهادة الرجل لامرأته لا تهمة فيها، في حين تكون شهادتها له متضمنة التهمة لكونها تجرّ لها النفع[٤].

---

(١) السرخسي، المبسوط (١٦/ ١٢٣)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٤٢٠.

(٢) ابن عبد البر، الكافي ص: ٤٦٢؛ وابن قدامة، المغني (٩/ ١٩٣)؛ ود. صالح الهليل، المرجع نفسه.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج (٤/ ٤٣٤)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٨/ ٣٠٤)؛ ود. صالح الهليل، المرجع نفسه.

(٤) ابن قدامة، المغني (٩/ ١٩٣).

• المناقشة والترجيح:

أ ـ مناقشة أدلة القول الأول:

إن الحديث المستند إليه في المسألة يمكن الطعن فيه ـ كما سبق بيانه ـ بأنه غير ثابت الصحة، ومن ثم لا يمكن الاعتماد عليه في المسألة.

ب ـ مناقشة دليل القول الثاني:

إن قياس عقد الزوجية على عقد الإجارة في المسألة قياس مع الفارق، ذلك أن عقد الزواج يختلف عن الإجارة من وجوه كثيرة، منها أن الزواج سبب للتوارث بين الزوجين من غير حجب، ومنها أن يسار الزوج وغناه يزيد من نفقة الزوجة، كما أن يسارها يزيد من مكانتها، ومن ثم فكل واحد منهما منتفع بشهادة الآخر. أما عقد الإجارة فلا يحصل به شيء من ذلك؛ فلا يمكن إجراء القياس[1].

ج ـ مناقشة دليل القول الثالث:

إن تبرئة ساحة الزوج من التهمة في شهادته لزوجته، وإدانة الزوجة في ذلك لا يستقيم؛ لأن التهمة في هذا الأمر قدر مشترك بينهما؛ فشدة الترابط بين الزوجين، والمودة الحاصلة بينهما، والمنفعة المتبادلة، كل هذا يؤكد حصول التهمة في شهادة أحدهما للآخر، ومن ثم تُعتبر شهادة مردودة[2].

د ـ الترجيح:

من خلال عرض ما استدل به أصحاب الأقوال الثلاثة، ومناقشة ما استند إليه كل فريق، يظهر رجحان القول الأول المانع من قبول شهادة

---

(١) ابن قدامة، المرجع السابق (٩/١٩٣ ـ ١٩٤)؛ د. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٤٢١.

(٢) د. صالح الهليل، المرجع نفسه ص: ٤٢١.

أحد الزوجين للآخر[1]؛ وذلك للأسباب التالية:

١ ـ قوة العلاقة الزوجية وما يترتب عليها من منافع معنوية ومادية متبادلة.

٢ ـ المكانة الاجتماعية للأسرة، والتي تقتضي من كلا الطرفين في العلاقة الزوجية الدفاع عن صاحبه بمختلف الوسائل.

٣ ـ ضعف الأخلاق وتراجع الالتزام بقيم الحق والعدل يقتضي الحذر في قبول الشهادة، وردّ كل ما يدعو للتهمة.

*** ثالثاً: العداوة:**

إن العداوة بين الناس لها أسبابها، فإن كانت العداوة لأسباب دينية كالتي بيننا وبين مخالفينا في الدِّين في كثير من الأحوال، فإنها لا تؤثر على شهادة المسلم الموجهة لمخالفيه في الدِّين[2]؛ لأن أحكام التشريع الإسلامي توجّه المسلم إلى التزام العدل والحق ولو على النفس، وإن وصايا الرسول الكريم بأهل الذمة والمخالفين في الدِّين تدعو إلى إنصافهم وتحذّر أشدّ التحذير من إيذائهم.

أما إن كانت العداوة لأسباب دنيوية فإنه من المنطقي أن يكون لها أثر كبير على المعاملات والإشهاد عليها، ومن ثم لا تقبل شهادة شخص على آخر ثبت أنه كان بينهما عداوة دنيوية[3].

---

(١) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٤٢١.

(٢) السرخسي، المبسوط (١٦/ ١٣٣)؛ والموصلي، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٢٣٧)؛ وابن عبد البر، الكافي ص:٤٦٢؛ والخرشي، الخرشي على مختصر خليل (٤/ ٧/ ١٨٤)؛ وزكريا الأنصاري، أسنى المطالب (٤/ ٣٥٢)؛ وابن مفلح، المبدع (١٠/ ٢٤٩ ـ ٢٥٠)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٦/ ٤٣١)؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٤٢٢.

(٣) المراجع نفسها.

ويستند المنع من قبول الشهادة بين المتعاديين بسبب مصالح دنيوية إلى السُّنَّة والمعقول.

١ ـ من السُّنَّة:

ـ حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**لا تَجُوزُ شَهَادَةُ ذِي الظِّنَّةِ وَلا ذِي الحِنَةِ**»[١].

ووجه الدلالة من الحديث أن قوله ﷺ: «**ذِي الحِنَةِ**»؛ أي: العداوة، ومن ثم فشهادته غير مقبولة[٢].

ـ حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدِّه رضي الله عنه «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ رَدَّ شَهَادَةَ الخَائِنِ وَالخَائِنَةِ، وَذِي الغِمْرِ عَلَى أَخِيهِ...»[٣].

ووجه الدلالة في الحديث على منع شهادة صاحب العداوة هي قوله: «وَذِي الغِمْرِ عَلَى أَخِيهِ»؛ أي: ذي الحقد ونحوه مما يورث العداوة. ومن ثم فلا تقبل شهادة العدو على عدوه[٤].

٢ ـ من المعقول:

إن العداوة إذا استحكمت فإنها في أغلب الأحوال لا تعصم العدو من أن يكيد لعدوه، وقد يشهد بغير الحق ليضاره ويضيِّق عليه، وعلى هذا فالتهمة متحققة ولا تقبل الشهادة بينهما[٥].

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) الشيرازي، المهذب (٢/ ٣٣٠)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٤٢٢.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج (٤/ ٤٣٥)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٦/ ٤٣١)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٤٢٢ ـ ٤٢٣.

(٥) ابن مفلح، المبدع (١٠/ ٢٤٩ ـ ٢٥٠)؛ والبهوتي، المرجع نفسه؛ د. صالح الهليل، المرجع نفسه ص:٤٢٣.

* **رابعاً: كون الشاهد يجرّ لنفسه بشهادته نفعاً أو يدفع عنها ضرراً:**

اتفق الفقهاء على عدم قبول شهادة من يجرّ لنفسه بشهادته منفعة(١).

من ذلك شهادة العاقلة بجرح شهود القتل الخطأ نظراً؛ لأنهم يدفعون بها عن أنفسهم الدية، وعليه لا تُقبل شهادتهم تلك للتهمة فيها.

ومن أمثلة ذلك أيضاً شهادة الغرماء بجرح شهود الدَّين على المفلس، وكذا شهادة الضامن للمضمون عنه بقضاء الحق أو الإبراء منه إلى غير ذلك من الشهادات التي تدفع الضرر عن الشاهد(٢).

ونخلص مما سبق بشأن شروط الشاهد في الأموال أن يكون مسلماً عاقلاً بالغاً عدلاً ضابطاً غير متهم في شهادته. والهدف من إيراد هذه الشروط ومناقشتها هو معرفة من تصحّ شهادته، وضرورة مراعاة ذلك عند الإشهاد على الديون وتوثيقها بما يؤدي إلى حفظ الحقوق وقطع النزاع المحتمل بشأنها.

* **الفرع الثاني: مراتب الشهادة على الأموال**

إن للشهادة على الأموال عدّة مراتب متدرّجة وفق قوتها في الإثبات وحجيتها في مجلس القضاء، وهي كالآتي:

---

(١) الطحاوي، مختصر الطحاوي ص:٣٣٢؛ وابن عبد البر، الكافي ص:٤٦١؛ والشيرازي، المهذب (٢/ ٣٢٩)؛ وابن جزي، القوانين الفقهية ص:٣٣٦؛ والغزالي، الوجيز (٢/ ١٥١)؛ وابن تيمية الجد، المحرر في الفقه (٢/ ٢٩٢ - ٢٩٥)؛ وابن الجوزي، المذهب الأحمد ص:١٤٦؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٤٢٣.

(٢) أبو النجا شرف الدين موسى الحجاوي ت٩٢٨هـ، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل ج٤ (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت) ص:٤٤٣؛ ود. صالح الهليل، المرجع نفسه ص:٤٢٤.

المرتبة الأولى: شهادة رجلين

إنّ شهادة رجلين توفرت فيهما الشروط المطلوبة هي حجة معتبرة عند جميع الفقهاء، وهذا في الأموال موضوع البحث[١].

قال القرافي (ت٦٨٤هـ): «ما علمتُ عندنا ولا عند غيرنا خلافاً في قبول شهادة شاهدين مسلمين عدلين في الدماء والديون»[٢].

هذا، وقد أورد ابن رشد الحفيد[٣] أن الحسن البصري (ت١١٠هـ) قال: لا يقبل في الأموال ولا في غيرها إلا شهادة أربعة شهود تشبيهاً لها بالزنا.

وقد أجاب ابن رشد عن هذا الرأي بأنه ضعيف لمخالفته لقول الله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ . . .﴾ [البقرة: ٢٨٢][٤].

وذكر ابن رشد أيضاً أنّ الإمام ابن أبي ليلى (ت٨٢هـ) قال: لا يُقضى بشهادة رجلين إلا مع يمين المدّعي، وهذا أيضاً مخالف لظاهر القرآن الكريم[٥].

---

(١) المرغيناني، الهداية (٣/ ١١٧)؛ وابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٤٦٤)؛ وابن جزي، القوانين الفقهية ص:٣١٥؛ وابن تيمية الجد، المحرر في الفقه (٢/ ٣١٢ ـ ٣١٣)؛ والرحيباني، مطالب أولي النهى (٦/ ٦٣٢)؛ ود. صالح الهليل، المرجع نفسه ص:٤٢٧.

(٢) القرافي، الفروق (٤/ ٨٦).

(٣) هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، أبو الوليد، ويلقب بالحفيد تميزاً له عن جده أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد الذي يميز بالجد، ولد بقرطبة عام ٥٢٠هـ، فقيه مالكي، فيلسوف، وطبيب، وتوفي بمراكش سنة ٥٩٥هـ ودفن بقرطبة، من آثاره: فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من الاتصال، وتهافت التهافت، والكليات، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد (ابن فرحون، الديباج المذهب ٢/ ٢٣٨ ـ ٢٣٩)

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٤٦٤).

(٥) المرجع نفسه.

المرتبة الثانية: شهادة رجل وامرأتين

اتفق الفقهاء على ثبوت شهادة رجل وامرأتين[1]. قال ابن قدامة (ت٦٢٠هـ): «أجمع أهل العلم على القول به»[2].

والعمدة في ذلك قول الله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ. . .﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ففي هذه الآية الكريمة إثبات قبول شهادة الرجل والمرأتين على الدَّين وهو مال؛ فدلَّ على اعتبار حجية شهادة الرجل والمرأتين على الأموال[3].

وفي قوله تعالى: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ بيان للحكمة من جعل شهادة المرأتين في مقابل شهادة رجل واحد. ذلك لأن المرأة أقرب إلى النسيان من الرجل، ففي ضم امرأة أخرى إليها توثيق للحق حتى لا يضيع بسبب النسيان المتوقّع من المرأة الواحدة، فإذا اجتمعت امرأتان على شهادة واحدة وحصل لإحداهما نسيان ذكّرتها صاحبتها بالحادثة فتقام الشهادة على وجهها[4].

وقد يتبادر إلى الأذهان أن الأصل في الشهادة أن يكون الشاهدان رجلين، فإن لم يوجدا فنلجأ إلى الإشهاد برجل وامرأتين؛ وعلى هذا فلا تقبل شهادة الرجل والمرأتين مع إمكانية وجود الرجلين لأنها بدل عن شهادتهما[5].

---

(١) ابن رشد، المرجع السابق (٢/ ٤٦٥)؛ ابن جزي، القوانين الفقهية ص:٣١٥؛ وابن قدامة، المغني (٩/ ١٥١)؛ وابن مفلح، المبدع (١٠/ ٢٥٧).

(٢) ابن قدامة، المغني (٩/ ١٥١).

(٣) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٤٢٩.

(٤) ابن الجوزي، زاد المسير (١/ ٢٨٢)؛ والرازي، التفسير الكبير (٧/ ١٢٢)؛ ود. صالح الهليل، المرجع نفسه ص:٤٢٩.

(٥) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٣٩١)؛ وابن القيم، الطرق الحكمية ص:١٤٩.

والحقيقة أن إشهاد رجل وامرأتين جائز ولا مانع من قبوله، وإن كان هناك رجلان مؤهلان لأداء مهمة الشهادة، فلهما الأولوية في ذلك.

لكن شهادة الرجل والمرأتين جائزة لاعتبارين اثنين في المسألة وهما:

الأول: إنّ قول الله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ﴾ لا يفهم منه أنه إذا لم يوجد الرجلان معاً، بل المعنى: إن لم يأت طالب التوثيق برجلين فليأت برجل وامرأتين[1].

وكل ما في الأمر أن الآية الكريمة رتبت الأمور التي يحفظ بها أصحاب الحقوق حقوقهم عن طريق الإشهاد، فأرشد سبحانه إلى أقوى الطرق وهو شهادة رجلين، ثم شهادة رجل وامرأتين، وذلك لأن شهادة الرجل الواحد أقوى من شهادة المرأتين؛ لأن النساء يصعب حضورهن لمجالس القضاء، فربما أدى ذلك إلى ضياع الحقوق[2].

الثاني: أجمع الفقهاء على أن المراد من قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا﴾ هو التخيير، وليس الترتيب الذي هو ظاهر الآية[3].

المرتبة الثالثة: شهادة أربع نسوة

اختلف الفقهاء في الشهادة على الأموال بأربع نسوة، ولهم في ذلك قولان:

القول الأول: تثبت الشهادة على الأموال بأربع نسوة.

وهذا قول أبي حنيفة (ت١٥٠هـ) وصاحبيه[4]، وقال به القاضي

---

(١) القرطبي، المرجع نفسه؛ وابن القيم، المرجع نفسه.

(٢) ابن القيم، المرجع نفسه ص:١٤٩، والمرداوي، الإنصاف (١١/ ٣٨٨)؛ وابن مفلح، المبدع (١٠/ ١٦١).

(٣) ابن المنذر، الإجماع ص:٧٦، والشربيني، مغني المحتاج (٤/ ٤٤١)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٨/ ٣١١).

(٤) المرغيناني، الهداية (٣/ ١١٧)؛ و ابن عابدين، حاشية رد المحتار (٧/ ٧٦).

شريح (ت٧٨هـ)[١]، وهو مذهب الظاهرية[٢].

القول الثاني: لا تثبت الشهادة على الأموال بأربع نسوة.

وهذا القول للمالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، وهو قول عند الحنفية[٦].

الأدلة:

أ ـ أدلة القول الأول:

استدلّ المعتبرون لشهادة أربع نسوة في الأموال بالسُّنَّة والمعقول.

١ ـ من السُّنَّة:

ـ حديث الأشعث بن قيس رضي الله عنه، وفيه أنه ادعى على رجل عند رسول الله ﷺ حقّاً غائباً؛ فقال رسول الله ﷺ: «**شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ**»، وفي رواية «**أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟**»، وفي رواية أخرى: «**هَلْ لَكَ بَيِّنَةٌ؟**»[٧].

ووجه الدلالة من الحديث أن رسول الله ﷺ قد طلب من المدعي مرّة شاهدين، ومرّة بيِّنة مطلقة تثبت حقَّه، فدلّ ذلك على ثبوت الحق بكل بيِّنة توضِّحُه[٨]. وإن شهادة الأربع نسوة تدخل تحت مسمى البينة[٩].

---

(١) ابن حزم، المحلى (١٠/ ٥٧٢)؛ وابن القيم، المرجع السابق ص:١٥٢.

(٢) ابن حزم، المرجع نفسه؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٤٣٠.

(٣) مالك بن أنس، المدونة (٥/ ١٦٥)؛ ابن عبد البر، الكافي ص:٤٦٩.

(٤) الشافعي، الأم (٧/ ٣).

(٥) ابن قدامة، المغني (٩/ ١٥٤)؛ والرحيباني، مطالب أولي النهى (٦/ ٦٣٢).

(٦) السرخسي، المبسوط (١٦/ ١٤٢)؛ وابن عابدين، المرجع السابق (٧/ ٧٦)؛ د. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٤٣١.

(٧) سبق تخريجه.

(٨) ابن حزم، المحلى (١٠/ ٥٨٠ ـ ٥٨١).

(٩) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٤٣١.

ـ حديث أبي سعيد الخدري ﵁ قال: خرج رسول الله ﷺ في أضحى أو فطر إلى المصلى فمرّ على النساء فقال: **«يَا مَعْشَرَ النِّسَاءِ تَصَدَّقْنَ فَإِنِّي رَأَيْتُكُنَّ أَكْثَرَ أَهْلِ النَّارِ»**. فقلن: وبم يا رسول الله؟ قال: **«تُكْثِرْنَ اللَّعْنَ، وَتَكْفُرْنَ العَشِيرَ. مَا رَأَيْتُ مِنْ نَاقِصَاتِ عَقْلٍ وَدِينٍ أَذْهَبَ لِلُبِّ الرَّجُلِ الحَازِمِ مِنْ إِحْدَاكُنَّ؟»**، قلن: وما نقصان ديننا وعقلنا يا رسول الله؟ قال: **«أَلَيْسَ شَهَادَةُ الْمَرْأَةِ مِثْلَ نِصْفِ شَهَادَةِ الرَّجُلِ؟»** قلن: بلى، قال: **«فَذَلِكَ مِنْ نُقْصَانِ عَقْلِهَا. أَلَيْسَ إِذَا حَاضَتْ لَمْ تُصَلِّ وَلَمْ تَصُمْ؟»** قلن: بلى، قال: **«فَذَلِكَ مِنْ نُقْصَانِ دِينِهَا»**(١).

ووجه الدلالة من الحديث أن رسول الله ﷺ بيَّن أنّ شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل(٢)؛ ومن ثم فشهادة أربع نسوة تعدل شهادة رجلين. ولما كانت شهادة الرجلين مقبولة؛ فتقبل شهادة الأربع نسوة كذلك(٣).

٢ ـ من المعقول:

إن أكثر المعاملات تداولاً بين الناس هي المعاملات المالية، ولو لم تقبل شهادة النساء منفردات فيها لحصل الحرج والمشقة على المتعاملين الذين يحرصون على توثيق معاملاتهم، ومن هنا ومن باب رفع المشقة يتعيّن قبول شهادة الأربع نسوة(٤).

---

(١) متفق عليه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الحيض، باب ترك الحائض الصوم (١/ ١١٦)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب الإيمان، باب نقصان الإيمان بنقص الطاعات... من حديث ابن عمر ﵄ (١/ ٨٦).

(٢) ابن حزم، المحلى (١٠/ ٥٨١).

(٣) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٤٣٣.

(٤) المرغيناني، الهداية (٣/ ١١٧)؛ والبابرتي، العناية على الهداية (٧/ ٣٧٠ ـ ٣٧١)؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٤٣٣.

ب ـ أدلة القول الثاني:

استدلّ المانعون من اعتبار شهادة أربع نسوة في الأموال بأدلة عقلية منها:

ـ إن القول بقبول شهادة النساء منفردات يفتح المجال لكثرة خروجهن من البيوت، وهذا ينافي مقصود الشارع من أمرهن بالقرار فيها[1]. قال الله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ ٱلْجَٰهِلِيَّةِ ٱلْأُولَىٰ. . .﴾ [الأحزاب: ٣٣].

ـ إن نصوص الشرع لم تورد مسألة قبول شهادة النساء منفردات، ومن ثم فلا تقبل لعدم ورود الشرع بها[2].

• المناقشة والترجيح:

أ ـ مناقشة استدلال أصحاب القول الثاني:

يمكن الاعتراض على ما استدل به أصحاب القول الثاني بأن تعليلهم عقلي لا يقوى على معارضة مفهوم الحديثين اللذين استدل بهما أصحاب القول الأول[3].

وإن القول باتخاذ قبول شهادة النساء منفردات ذريعة لخروجهن من البيوت المأمورات بالقرار فيها لا يمكن التسليم به؛ ذلك أن الشرع بنص الكتاب أورد مشروعية شهادة الرجل والمرأتين، ولا يتحقق ذلك إلا بخروجهما، كما رخّص للنساء بالخروج للصلوات والجُمع والجماعات والأعياد، وإنما هن مأمورات بالستر، وعدم التبرج عند خروجهن.

أما كون شهادة الأربع نسوة منفردات لم يرد في الشرع ما يفيد

---

(١) ابن عابدين، حاشية رد المحتار (٧/٧٦).

(٢) المرجع نفسه.

(٣) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٤٣٤.

قبولها، فإنه لم يرد فعلاً نص خاص بشأنها، لكن الحديثان المستدل بهما من قبل أصحاب القول الأول قد دلَّا على ذلك بالمفهوم[1].

ب ـ الترجيح:

بعد عرض أدلة أصحاب القولين، ومناقشة ما استدل به أصحاب القول الثاني، وظهور عدم وجاهتها في الدلالة على مطلوبهم؛ فإنه يترجّح القول الأول، وذلك للأسباب التالية:

١ ـ دلالة السُّنَّة بالمفهوم على قبول شهادة النساء مطلقاً.

٢ ـ ضعف أدلة المانعين من قبول شهادة الأربع نسوة، وعدم سلامتها من الاعتراض.

٣ ـ التوسعة ورفع الحرج عن الناس، ودعم وسائل التوثيق لحفظ الحقوق.

المرتبة الرابعة: شهادة رجل ويمين المدعي

اختلف الفقهاء بشأن قبول شهادة الرجل الواحد في الأموال مع يمين المدعي، ولهم في المسألة قولان هما:

القول الأول: تقبل شهادة الرجل الواحد مع يمين المدعي فيقضى بها.

وهذا هو مذهب المالكية[2]، والشافعية[3]، والظاهرية[4]، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة[5].

---

(١) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٤٣٤.

(٢) ابن عبد البر، الكافي ص: ٤٧١؛ وابن جزي، القوانين الفقهية ص: ٣١٥، والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٣٩٢ ـ ٣٩٣).

(٣) الشافعي، الأم (٦/ ٢٧٣)؛ والشيرازي، المهذب (٢/ ٣٣٤)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٨/ ٣١٣).

(٤) ابن حزم، المحلى (١٠/ ٥٦٩).

(٥) ابن قدامة، المغني (٩/ ١٥١)؛ والمرداوي، الإنصاف (١٢/ ٨٣، ١١٥)؛ وابن مفلح، المبدع (١٠/ ٢٥٧)؛ وينظر: البهوتي، كشاف القناع (٦/ ٣٩٣).

القول الثاني: لا يحكم بشهادة الرجل الواحد مع يمين المدعي.

وهذا هو مذهب الحنفية[1]، وقال به[2]: النخعي (ت٩٥هـ)، والشعبي (ت١٠٣هـ)، والأوزاعي (ت١٥٧هـ)[3].

الأدلة:

أ ـ أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول على قبول شهادة الرجل الواحد مع يمين المدعي بالسُّنَّة والمعقول.

١ ـ من السُّنَّة:

حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ: «قَضَى بيَمِينٍ وَشَاهِدٍ»[4]، وحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ: «قَضَى باليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ»[5].

وهذان الحديثان صريحان في الدلالة على قبول شهادة الواحد مع اليمين، بل دلَّا على وقوع ذلك والقضاء به في زمن الرسول ﷺ[6].

---

(١) الطحاوي، مختصر الطحاوي ص:٣٣٣؛ والجصاص، أحكام القرآن (١/ ٥١٤)؛ والسرخسي، المبسوط (١٦/ ١١٤).

(٢) ابن قدامة، المغني (٩/ ١٥٢).

(٣) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٤٣٥.

(٤) أخرجه: مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الأقضية، باب القضاء باليمين والشاهد (٣/ ١٣٣٧).

(٥) أخرجه: أبو داود، السنن، كتاب الأيمان والنذور، باب القضاء باليمين والشاهد (٣/ ٣٠٩)؛ والترمذي، الجامع الصحيح، كتاب الأحكام، باب ما جاء في اليمين مع الشاهد (٣/ ٦٢٨)؛ وأحمد، المسند (١/ ٣٢٣)؛ و(٣/ ٣٠٥)؛ و(٥/ ٢٨٥) من رواية ابن عباس، وجابر، وسعد بن عبادة رضي الله عنهم.

(٦) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٣٩٣)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٤٣٧.

٢ ـ من المعقول:

لقد شُرعت اليمين في حقِّ مَنْ ظَهَرَ صدقُه، وقوي جانبه، ولذلك شُرعت في حقِّ صاحب اليد، وفي حقِّ المنكِر لقوة جانبهما، ومثل ذلك إذا أحضر المدعي شاهداً، فإن جانبه يتقوى به فوجب أن تشرع اليمين في حقِّه لذلك[١].

ب ـ أدلة القول الثاني:

استدلّ المانعون من قبول شهادة الرجل الواحد مع يمين المدعي بالكتاب والسُّنَّة.

١ ـ من الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰۚ...﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ووجه دلالة الآية الكريمة على عدم قبول شهادة الواحد مع اليمين من خلال الأوجه الثلاثة الآتية:

ـ **الوجه الأول**: إن الله تعالى أمرنا بالإشهاد على الدَّين، وبيَّن نصابه بأنه إما رجلان، أو رجل وامرأتان فقط، ولم يزد على ذلك؛ وعليه فلا يجوز الاقتصار على ما دون العدد المذكور. ومن هنا فالحكم بالشاهد مع اليمين اقتصار على ما دون العدد المذكور في الآية فلا يقبل[٢].

ـ **الوجه الثاني**: إن الآية الكريمة قد انتظمت شيئين من أمر الشهادة على الدَّين؛ أحدهما: العدد، والآخر: الصفة، وهي كون الشهود أحراراً مرضيين، أخذاً من قوله تعالى: ﴿مِّن رِّجَالِكُمْ﴾، وقوله تعالى: ﴿مِمَّن

---

(١) ابن قدامة، المغني (٩/ ١٥٢)؛ والرحيباني، مطالب أولي النهى (٦/ ٦٣٢)؛ ود. صالح الهليل، المرجع نفسه ص: ٤٤٢.

(٢) الجصاص، أحكام القرآن (١/ ٥١٤).

﴿تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾. ولما كان من المتفق عليه عدم جواز إسقاط الصفة المشروطة والاقتصار على ما دونها؛ فكذلك لا يجوز إسقاط العدد. وقبول الشاهد مع اليمين إسقاط للعدد المذكور في الآية فلا يجوز[1].

ـ **الوجه الثالث**: إن الله تعالى لما أجاز شهادة النساء أمر بالاحتياط في ذلك، وجعل المرأتين في مقابل رجل واحد، وأشار إلى الحكمة من ذلك بقوله: ﴿أَن تَضِلَّ إِحۡدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا ٱلۡأُخۡرَىٰۚ﴾، ثم قال: ﴿ذَٰلِكُمۡ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقۡوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ وَأَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَرۡتَابُوٓاْ﴾... ومن هنا ظهر لنا أن الله تعالى نفى أسباب التهمة والريب والنسيان بهذا الاحتياط، فلو حكمنا بشاهد ويمين نكون قد خالفنا ما أمر الله به من الاحتياط ونفي الريبة والشك؛ لأن في الحكم بهما أعظم الريب والشك وأكبر التهم. وذلك خلاف مقتضى الآية[2].

٢ ـ من السُّنَّة:

ـ حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **«لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لادَّعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَاءَهُمْ، لَكِنِ البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي، وَاليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»**[3].

ووجه الدلالة من الحديث أنه دلّ بمنطوقه على حصر البيِّنة في جانب المدعي، واليمين في جانب المدعى عليه. وإن البينة شيء واليمين

---

(١) الجصاص، المرجع السابق (١/ ٥١٤)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٤٤٢ ـ ٤٤٣.

(٢) الجصاص، المرجع السابق (١/ ٥١٥)؛ د. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٤٤٣.

(٣) أخرجه: البيهقي، السنن الكبرى (١٠/ ٢٥٢)؛ وأخرجه: مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه بلفظ: **«لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه»** (٣/ ١٣٣٦).

شيء آخر، وفي الحكم بالشاهد مع يمين المدعي جَعْلٌ لهما في جانب واحد؛ وهذا مخالف لمنطوق الحديث، ومن ثم لا يمكن قبوله[1].

ـ حديث الأشعث بن قيس رضي الله عنه قال: كان بيني وبين رجل خصومة في شيء، فاختصمنا إلى رسول الله ﷺ فقال: **«شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ»**. فقلت له: إنه إذاً يحلف ولا يبالي، فقال النبي ﷺ: **«مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ يَسْتَحِقُّ بهَا مَالاً ـ وَهُوَ فِيهَا فَاجرٌ ـ لَقِيَ اللهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضْبَانٌ...»**[2].

ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول ﷺ نفى استحقاق المدعي لما ادعاه دون بيِّنة وهما شاهدان، ولا شيء له غير ذلك، ومن هنا فلا يقبل الشاهد مع اليمين[3].

• مناقشة الأدلة والترجيح:

أ ـ مناقشة أدلة القول الأول:

وجّه المانعون من قبول شهادة الرجل الواحد مع يمين المدعي جملة اعتراضات على الحديثين المستند إليهما في إفادة جواز قبول الشهادة تلك.

وهذه الاعتراضات هي:

١ ـ إن حديث ابن عباس رضي الله عنهما معلول بالانقطاع في موضعين؛ ذلك أن عمرو بن دينار (ت١٢٦هـ) ـ كما هو وارد في سنده ـ لم يسمعه من ابن عباس، وكذا قيس بن سعد (ت١١٩هـ) لم يحدّث عن عمرو بن

---

(١) الجصاص، المرجع السابق (١/ ٥١٥)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٤٤٥.

(٢) حديث سبق تخريجه.

(٣) الجصاص، المرجع السابق (١/ ٥١٥)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٤٤٧.

دينار. وعلى هذا فالحديث لا ينهض حجة في الدلالة على المطلوب[١].

٢ ـ إن الحديث على ـ تقدير صحته ـ لا يفيد العموم؛ فالصحابي إذا قال: نهى النبي ﷺ عن كذا، أو قضى بكذا، فإنه لا يفيد العموم، ومن ثم فقد يكون الحديث خاصّاً فيختصُّ الحكم به[٢].

٣ ـ إن القضاء له معانٍ أقربها في هذا الموضع فصل الخصومات، وهذا مما يتعين فيه الخصوص، إذ لا يتأتى فيه الحكم بكل شاهد من النبي ﷺ إلى قيام الساعة، بل إنما يقضي بشاهد خاص. وعلى هذا يكون الراوي قد اعتمد على قرينة الحال الدالة على أن المراد بالشاهد واليمين حقيقة الجنس لا استغراق الجنس[٣].

ويؤكد هذا المعنى أن المراد بـ «أل» في قوله ﷺ: «**بالشاهد واليمين**» الجنس لا الاستغراق، إذ المعنى المفهوم من الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قضى بجنس الشاهد وجنس اليمين[٤].

٤ ـ لو حصل التسليم بصحة الأحاديث المروية لدى المخالف، وأنها تدلّ على قبول الشهادة مع اليمين، فإن هذا يعارض نص القرآن الكريم، ولا يجوز نسخ القرآن بأخبار الآحاد، ذلك أن تلك الأحاديث أوردت زيادة على نص القرآن، والزيادة على النص نسخ، ومن ثم لا يجوز العمل بتلك الأحاديث، ويبطل الاحتجاج بها في المسألة[٥].

---

(١) الجصاص، أحكام القرآن (١/٥١٦)؛ والزيلعي، نصب الراية (٤/٩٧)؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٤٣٧ ـ ٤٣٨.

(٢) الجصاص، المرجع نفسه (١/٥١٨)؛ والزيلعي، المرجع نفسه (٤/٩٨)؛ ود. صالح الهليل، المرجع نفسه ص:٤٣٨ ـ ٤٣٩.

(٣) الزيلعي، المرجع نفسه (٤/٩٨).

(٤) الزيلعي، المرجع نفسه (٤/٩٩).

(٥) الجصاص، المرجع السابق (١/٥١٨)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٤٤٠.

ب ـ مناقشة أدلة القول الثاني:

وجّه أصحاب القول الأول عدّة اعتراضات على ما استدل به مخالفوهم، وهي كالآتي:

١ ـ إن الاستناد إلى الآية الكريمة من سورة البقرة لإفادة منع قبول الشاهد مع اليمين أمر غير مسلَّم به؛ ذلك أن غاية ما يمكن أن تدلّ عليه الآية هو مشروعية الشاهدين، والشاهد والمرأتين، ولم تتعرض لا تصريحاً ولا تلميحاً للشاهد مع اليمين(١).

وعلى هذا فالقول بأن الآية تفيد امتناع القضاء بأقل من شاهدين يرجع إلى أحد احتمالين:

أولهما: القول بمفهوم المخالفة، وهو مما لا يعتمده أصحاب القول الثاني، حيث لا يعتدون به في مباحث دلالات الألفاظ. ولو فرضنا ـ جدلاً ـ أنهم ممن يعتمدون الأخذ بمفهوم المخالفة، فإنه لا يصح لهم تطبيقه على الآية المذكورة، ولا في حديث «**شاهداك أو يمينه**»؛ ذلك أن مفهوم المخالفة إنما هو عن طريق مفهوم العدد، ومفهوم العدد باطل لا ينهض به شيء كما هو مقرر في كتب الأصول(٢).

وثانيهما: القول بإفادة الآية معنى الحصر، وهذا ـ أيضاً ـ غير مسلّم به؛ لأن غاية ما تدل عليه الآية بنصِّها أن شهادة امرأتين ورجل يثبت بها القضاء، وما وراء ذلك مسكوت عنه، ومعروف أن أداة الحصر

---

(١) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٣٩٢)؛ وابن قدامة، المغني (٩/ ١٥٢)؛ وابن القيم، الطرق الحكمية ص:٨٢؛ ود. صالح الهليل، المرجع نفسه ص:٤٤٣.

(٢) أحمد بن محمد الطحاوي ت٣٢١هـ، شرح معاني الآثار (ط:١؛ بيروت: دار الكتب العلمية، ١٣٩٩هـ، ٤/ ١٤٧)؛ ود. محمد سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن (ط:٢؛ دمشق: دار الفكر، ١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م ـ تصوير ١٩٩٣م) ص:١٧٥.

نصّاً في النفي والإثبات هي: «إنما» و«ما» و«لا»، ولا شيء من هذا مذكور في الآية[1].

وعلى هذا، يتضح لنا أن الحكم بقبول الشاهد مع اليمين ورد مستقلاً من خلال السُّنَّة النبوية، فيحكم بما جاءت به، وفي الوقت نفسه يحكم بما جاء في القرآن الكريم، إذ لا تعارض بينهما في المسألة[2].

٢ ـ إن الاستدلال بحديث ابن عباس رضي الله عنهما في المسألة مردود من وجوه، أهمها:

ـ ليس في الحديث ما يدل على حصر البينة في جانب المدعي واليمين في جانب المدعى عليه[3]، وما يفيده الحديث أنه في أغلب الأحوال تكون البيّنة في جانب المدعي، واليمين في جانب المدعى عليه.

ومما يؤكد أن الحديث جاء وفقاً للغالب ورود أحاديث نبوية أخرى خرجت عن هذه القاعدة، ومنها حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ: «قَضَى بيَمينٍ وَشَاهِدٍ»[4]، ففي هذا الحديث شُرعت اليمين في جانب المدعي، على خلاف ما ورد في الحديث المحتج به لدى المخالف[5].

ـ إن الأحاديث النبوية التي تفيد القضاء بالشاهد واليمين أصح

---

(١) الطحاوي، المرجع السابق (٤/ ١٤٧)؛ ود. محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع نفسه.

(٢) القرطبي، المرجع السابق (٣/ ٣٩٢)؛ وابن قدامة، المغني (٩/ ١٥٢)؛ وابن القيم، المرجع السابق ص: ٨٣.

(٣) ابن قدامة، المرجع نفسه (٩/ ١٥٢ ـ ١٥٣).

(٤) سبق تخريج الحديث.

(٥) ابن قدامة، المغني (٩/ ١٥٢ ـ ١٥٣)؛ وابن تيمية، مجموع الفتاوى (٢٩/ ٣٩٢)؛ وابن القيم، الطرق الحكمية ص: ٧٤ ـ ٧٥.

وأصرح وأشهر من الرواية التي حصرت اليمين في جانب المدعى عليه[1].

ـ لو أننا فرضنا أن الحديث المحتج به لدى المخالف مساوٍ في الصحة والشهرة لأحاديث القضاء بالشاهد واليمين، فإن هذه الأخيرة مقدمة عليه، نظراً لمجيئه عاماً، وورودها خاصة، ومن ثم فالحديث يختص بها[2].

٣ ـ إن حديث الأشعث بن قيس رضي الله عنه لا يفيد المعنى الذي ذهب إليه أصحاب القول الثاني؛ ذلك أن قوله ﷺ للمدعي: «**شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ**» نظراً لأنه لم يكن له حتى شاهد واحد، وطبيعي أن يطلب منه النبي ﷺ حينئذ الشكل الكامل للحجة التي ينبغي الاعتماد عليها في الدعوى، ولو أنه توفر له شاهد واحد لطلب منه عندئذ اليمين. أما وإنه يفتقد إلى الشاهد ولو واحداً، فلا قيمة ليمينه البتة؛ أي: إن قيمة اليمين إنما توجد بعد وجود الشاهد الواحد[3].

كما يمكن القول بأن المراد بقول الرسول ﷺ «**شَاهِدَاكَ**»؛ أي: بيِّنتك، سواء أكانت رجلين أم رجلاً وامرأتين، أم رجلاً ويمين الطالب. وإنما خصّ الشاهدين بالذكر؛ لأنه الأغلب الأكثر، فالمعنى: شاهداك أو ما يقوم مقامهما[4].

ولو ذهبنا إلى القول بأن الحديث المذكور يفيد الحصر بأن يدل على عدم قبول الشاهد مع اليمين نظراً لعدم ذكره فإنه يلزم منه ردّ الشاهد والمرأتين لعدم ذكر تلك المرتبة في هذا الحديث. ولهذا فالظاهر أن

---

(١) ابن تيمية، المرجع السابق (٢٩/ ٣٩١)؛ وابن القيم، المرجع السابق ص:٧٥؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٤٤٦.

(٢) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٤٤٦.

(٣) د. محمد سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن ص:١٧٨.

(٤) ابن حجر، فتح الباري (٥/ ٢٨٣)؛ وينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين (١/ ٩٤).

الحديث محمول على الأغلب ـ كما سبق ذكره ـ والقرينة على ذلك الأحاديث الدالة على ثبوت قبول الشاهد مع اليمين، فهي تدل على أن لفظ «**شاهداك**» في الحديث غير مراد، وإنما المقصود هو أو ما يقوم مقامه، وقد ورد في بعض ألفاظ الحديث قوله ﷺ: «**ألك بينة؟**»، فتلك قرينة تؤكد ما تم تقريره[(١)].

جـ ـ الردود على الاعتراضات:

١ ـ ردود أصحاب القول الأول:

ردّ أصحاب القول الأول على الاعتراضات التي وجهها أصحاب القول الثاني على ما استندوا إليه في قولهم بقبول الشاهد الواحد مع اليمين، وذلك كما يلي:

أولاً: إن طعنهم في صحّة حديث ابن عباس رضي الله عنهما بأنه معلول بالانقطاع لا وجه له، ذلك أن قولهم بأن عمرو بن دينار لم يسمع الحديث من ابن عباس، وكذا قيس بن سعد لم يحدّث عن عمرو بن دينار أمرٌ مستغربٌ؛ فالذي قرره علماء الحديث بهذا الشأن يختلف تماماً عما ذكروا.

أما عمرو بن دينار (٤٦ ـ ١٢٦هـ)، فهو أحد الأعلام، وشيخ الحرم في زمانه، وسمع من ابن عباس وعدد كبير من الصحابة[(٢)]. حتى

---

(١) ابن حجر، المرجع السابق (٥/ ٢٨٣)؛ وينظر: ابن القيم، المرجع السابق (١/ ٩٤).

(٢) ينظر: مسلم بن الحجاج القشيري ت٢٦١هـ، الكنى والأسماء (ط:١؛ المدينة المنورة: الجامعة الإسلامية، ١٤٠٤هـ) ١/ ٧٢٠؛ وعبد الرحمٰن بن أبي حاتم محمد بن إدريس الرازي ت٣٢٧هـ، الجرح والتعديل (ط:١؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت ـ مصورة عن طبعة حيدر آباد بالهند عام ١٣٧١هـ ـ ١٩٥٢م، ٦/ ٢٣١؛ وابن حبان، الثقات (٥/ ١٦٧)؛ وابن حجر، تهذيب التهذيب (٨/ ٢٦)؛ والذهبي، الكاشف (٢/ ٧٥).

أنه روي أن سفيان بن عيينة (ت١٩٨هـ) قال: ما أعلم أحداً أعلم بعلم ابن عباس من عمرو بن دينار[١]، وقال عنه ـ أيضاً ـ: ثقة ثقة ثقة[٢]. وعلى هذا قال الحاكم النيسابوري (ت٤٠٦هـ): إن عمرو قد سمع من ابن عباس عدّة أحاديث، فلا ينكر أن يكون قد سمع منه هذا الحديث[٣].

أما قيس بن سعد المكي (ت١١٩هـ) فقد قال فيه أحمد بن حنبل (ت٢٤١هـ): ثقة[٤]، وأثبت ابن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ) أنه أخذ عن عمرو بن دينار[٥]. ولو سلمنا أنه لم يسمع من عمرو فلا يقدح في صحة الحديث؛ لأنهما تابعيان ثقتان مكيان، وقد سمع قيس ممن هو أقدم من عمرو، وبمثل قولهم هذا لا تردّ الأخبار الصحيحة[٦].

وقال الشافعي (ت٢٠٤هـ)، وهو يناقش الحنفية حول ما قيل من تضعيفهم للحديث: «وقد جهدت أن أتقصّى ما كلموني به في ردِّ اليمين مع الشاهد، فكان مما كلمني به بعض من ردّها أن قال: لم تروها إلا من حديث مرسل، قلنا: لم نثبتها بحديث مرسل، وإنما أثبتناها بحديث ابن عباس، وهو ثابت عن رسول الله ﷺ، ولا يردّ أحد من أهل العلم مثله لو لم يكن فيها غيره، مع أن فيها غيره ممن يشدّه»[٧].

---

(١) محمد بن إسماعيل البخاري ت٢٥٦هـ، التاريخ الكبير (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت) ٦/٣٢٨.

(٢) ابن حجر، تهذيب التهذيب (٨/ ٢٦).

(٣) ينظر: الحاكم، المستدرك (١/ ١٢١ ـ ١٢٢)؛ ود. البوطي، محاضرات في الفقه المقارن ص: ١٧٧.

(٤) الرازي، الجرح والتعديل (٧/ ٩٩).

(٥) ابن حجر، تهذيب التهذيب (٨/ ٢٦).

(٦) ابن حجر، فتح الباري (٥/ ٢٨٢).

(٧) الشافعي، الأم (٧/ ٧).

وقال ابن عبد البر[1] عن الحديث المذكور: «وهو حديث لا مطعن لأحد في إسناده، ولا خلاف بين أهل المعرفة بالحديث في أن رجاله ثقات»[2].

وقال ابن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ): «إنه حديث صحيح لا يُرتاب في صحّته»[3].

ثانياً: إن القول باحتمال التخصيص فيما يذكره الصحابي من نهي النبي ﷺ أو قضائه لا يقوى؛ لأن يطعن في دلالة الحديث المذكور على مشروعية القضاء بالشاهد واليمين، فليس في الحديث ما يشعر بالتخصيص، ولو فُرض وجوده فيه فالعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب. أما القول باحتمال أن يكون ذلك خاصّاً، فإن هذا الاحتمال ضعيف، والدليل لا يبطل بالاحتمال الضعيف، فلو كان كل احتمال وارد حول الدليل يبطله فإنه لا يسلم دليل من أن يتطرّق إليه أي احتمال. وعلى هذا لا يقبل إلا الاحتمال الوجيه القوي الذي له ما يدعمه لنقض الدليل المستند إليه، وهذا ما يفتقده المخالفون في هذه المسألة[4].

---

(١) هو يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، الإمام الحافظ، أبو عمر، ولد بقرطبة عام ٣٦٨هـ، من أجلة المحدثين والفقهاء، شيخ علماء الأندلس، مؤرخ وأديب، مكثر من التصنيف، توفي بشاطبة سنة ٤٦٣هـ، من آثاره: الاستذكار في شرح مذاهب علماء الأمصار، والتمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، والكافي في الفقه. (ابن العماد، شذرات الذهب ٣/ ٣١٤؛ وابن فرحون، الديباج الذهب ٢/ ٣٤٩؛ ومخلوف، شجرة النور ص:١١٩).

(٢) يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر ت٤٦٣هـ، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكري (لا.ط؛ المغرب: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٣٨٧هـ) ٢/ ١٣٨؛ وينظر: الزيلعي، نصب الراية (٤/ ٩٦).

(٣) ابن حجر، فتح الباري (٥/ ٢٨٢).

(٤) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٤٣٩.

ثالثاً: إن الجنوح إلى القول بأن المراد بالشاهد واليمين في الحديث حقيقة الجنس لا استغراق الجنس لا يستقيم؛ فقد رُوي أن النبي ﷺ: «قَضَى باليَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ الوَاحِدِ»(١)، وهذا كافٍ في الردّ على هذا الاعتراض نظراً لكون الروايات صريحة في أن المراد بالشاهد الرجل وليس المراد بها الجنس(٢).

هذا، وإن الصحابة والتابعين الذين اعتمدوا هذا الحديث إنما فهموه كما فهم الجمهور، ولم يُرْوَ أن أحداً منهم أورد شيئاً من الاحتمالات التي أوردها الحنفية، وقد كان علي بن أبي طالب رضي الله عنه يقضي بالشاهد الواحد ويمين صاحب الحقّ معتمداً هذا الحديث، وهو أحد الرواة له، والراوي أعلم بمعنى الحديث الذي رواه(٣).

رابعاً: إن الاحتجاج بعدم جواز نسخ المتواتر بالآحاد في المسألة غير مسلّم به؛ لأنه مبني على مذهب الحنفية في قولهم بأن الزيادة على النص نسخ، وهو مخالف لرأي الجمهور الذي لا يعدّه نسخاً. وعلى هذا فإن الزيادة المذكورة وردت مستقلة، وتأخذ حكماً مستقلاً يجب الأخذ به بمجرّد ثبوت صحته(٤).

ومن ناحية أخرى فإن النسخ هو رفع للحكم الشرعي بخطاب شرعي متأخر، وإننا في المسألة المذكورة لا نلمس رفعاً لأي حكم، كما

---

(١) أخرجه من حديث جعفر بن محمد عن أبيه: الترمذي، الجامع الصحيح، كتاب الأحكام، باب ما جاء في اليمين مع الشاهد (٣/ ٦٢٨) وصححه؛ والبيهقي، السنن الكبرى (١٠/ ١٦٩ ـ ١٧١)؛ والدارقطني، سنن الدارقطني (٤/ ٢١٢)؛ وينظر: الزيلعي، نصب الراية (٤/ ٩٨، ١٠٠).

(٢) ينظر: الزيلعي، المرجع نفسه (٤/ ٩٦)؛ ود. البوطي، محاضرات في الفقه المقارن ص: ١٧٨.

(٣) د. البوطي، المرجع نفسه.

(٤) د. البويطي، المرجع نفسه ص: ١٧٦، ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٤٤٠.

أن الناسخ والمنسوخ لا بد أن يتواردا على محل واحد، وهذا غير متحقق في الزيادة على النص، ومن ثم لا وجه للنسخ المدَّعى(١).

وعلى هذا فكل ما جاء به الحديث زيادة على ما في القرآن الكريم هو من باب بيان السُّنَّة، وتلك إحدى منازلها من القرآن، فهي مبينة وموضحة لأحكامه، كما تأتي بحكم مستقل، والكل من عند الله ﷻ مصداقاً لقوله تعالى عن رسوله ﷺ: ﴿وَمَا يَنطِقُ عَنِ ٱلْهَوَىٰٓ ۝٣ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ ۝٤﴾ [النجم: ٣، ٤](٢).

د ـ الترجيح:

بعد عرض أوجه الرأي المختلفة بشأن مسألة قبول الشاهد مع اليمين، وما تدعم به كل رأي من أدلة، وبعد مناقشة أوجه الاستدلال في المسألة والردود على الاعتراضات، يبدو لنا رجحان القول الأول وهو مذهب الجمهور في المسألة، وذلك للأسباب التالية:

١ ـ قوة الأدلة وسلامتها من المعارض بعد المناقشة والردود.

٢ ـ ظهور ضعف مسلك أصحاب القول الثاني في رفضهم قبول شهادة الواحد مع اليمين، وهذا بعد عرض أدلتهم ومناقشتها.

٣ ـ مراعاة المصلحة بعدم تعطيل جانب من الإثبات، فقد لا يتوفر دائماً الشاهدان أو الشاهد والمرأتان، ومن ثم ومراعاة للحقوق المالية وحفظها يترجّح التمسك بكل دليل يمكن أن يسهم في صيانة الحقوق.

يقول د. محمد سعيد رمضان البوطي: «... لا مسوغ لمنع القضاء بشاهد ويمين، إذ الأمر كلّه منوط بصحة الحديث المروي عن النبي ﷺ في ذلك، وما دام أنه لم يثبت في طرقه ضعف أو مطعن.. فلا

---

(١) ابن قدامة، المغني (٩/ ١٥٢)؛ وابن حجر، فتح الباري (٥/ ٢٨١)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٤٤١.

(٢) د. صالح الهليل، المرجع نفسه ص: ٤٤١.

معنى لترك الأخذ به خصوصاً إذا تبيّن لنا أنه لا تعارض بينه وبين الأدلة التي أوجبت شاهدين، إذ حتى لو أخذنا فيها بمفهوم المخالفة، فإن هذا الحديث يعتبر مقدَّماً عليه، إذ النص مقدَّم على المفهوم، أو هو مخصص للآية، ومعظم الأحكام المجمع عليها مأخوذ من دلالتي الكتاب والسُّنَّة عن طريق التخصيص وشبهه، يستوي في الأخذ بها الحنفية وغيرهم»[1].

المرتبة الخامسة: شهادة امرأتين مع يمين المدعي

اختلف الفقهاء في قبول شهادة امرأتين مع يمين المدعي في الأموال، ولهم في المسألة قولان هما:

القول الأول: قبول شهادة امرأتين مع يمين المدعي.

وذهب إلى هذا القول: المالكية[2]، وأحد قولي مذهب الحنابلة[3]، وهو اختيار ابن تيمية (ت٧٢٨هـ)[4]، وابن القيم (ت٧٥١هـ)[5].

القول الثاني: عدم قبول شهادة امرأتين مع يمين المدعي.

وذهب إلى هذا القول: الشافعية[6]، والقول المعتمد عند الحنابلة[7].

---

(١) د. البوطي، محاضرات في الفقه المقارن ص:١٧٩.

(٢) ابن جزي، القوانين الفقهية ص:٣١٥؛ وابن عرفة، حاشية الدسوقي (٤/ ١٨٧)؛ وابن فرحون، تبصرة الحكام (١/ ٢٢٨)؛ وعليش، فتح العلي المالك (١/ ٢١٣).

(٣) ابن تيمية الجد، المحرر في الفقه (٢/ ٣١٦)؛ وابن القيم، الطرق الحكمية ص:١٨٦؛ والمرداوي، الإنصاف (١٢/ ٨٢ ـ ٨٣).

(٤) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (٣٥/ ٣٩٥).

(٥) ابن القيم، الطرق الحكمية ص:١٨٦ ـ ١٨٧.

(٦) الشربيني، مغني المحتاج (٤/ ٤٤٣)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٨/ ٣١٣).

(٧) ابن تيمية الجد، المحرر في الفقه (٢/ ٣١٦)؛ والمرداوي، الإنصاف (١٢/ ١١٥)؛ والرحيباني، مطالب أولي النهى (٦/ ٦٣٢).

الأدلة:

أ ـ أدلة أصحاب القول الأول:

استند أصحاب القول الأول في إثبات قبول شهادة المرأتين مع يمين المدعي إلى الكتاب والسُّنَّة.

١ ـ من الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ ۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ووجه الدلالة أن قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ يفهم منه أن الله تعالى أقام المرأتين مقام الرجل[١]. وعليه فلا مانع من قبول شهادة المرأتين مع يمين المدعي مثلما سبق بيان جواز قبول شهادة الرجل الواحد مع يمين المدعي[٢].

٢ ـ من السُّنَّة:

حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه ـ السابق ذكره ـ وفيه أن رسول الله ﷺ قال: «**أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل؟**» قلن: بلى، قال: «**فَذَلِكَ مِنْ نُقْصَانِ عَقْلِهَا**»[٣].

ووجه الدلالة من الحديث أن منطوقه يبين بجلاء أن شهادة المرأة وحدها على النصف بالنسبة لشهادة الرجل، ومفهوم ذلك أن شهادتها مع مثلها تعدل شهادة رجل واحد[٤]. وعليه فإن شهادة المرأتين مع يمين المدعي مقبولة مثل: شهادة الرجل الواحد مع يمين المدعي[٥].

---

(١) ابن القيم، الطرق الحكمية ص:١٨٧

(٢) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٤٤٩.

(٣) الحديث سبق تخريجه.

(٤) ابن القيم، المرجع السابق ص:١٨٧.

(٥) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٤٥٠.

ب ـ أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل المانعون من قبول شهادة المرأتين مع يمين المدعي في إثبات رأيهم في المسألة بأدلة عقلية، أهمها ما يأتي:

١ ـ إن الشهادة في مسائل المعاملات المالية قائمة أساساً على وجود الرجل، فإن خلا رجلٌ منها فإنها غير مقبولة، إذ لو شهد عدد كبير من النسوة ما أمكن قبول شهادتهن لذلك، فكيف بشهادة امرأتين ليس معهما رجل؟[١].

٢ ـ إن شهادة المرأتين ضعيفة في الإثبات، وكذلك اليمين نظراً لكون المدعي متهماً في قسمه لما يجرّ لنفسه من منفعة، فإذا قبلنا شهادة امرأتين مع يمين المدعي، نكون قد ضممنا ضعيفاً إلى ضعيف[٢]. وهذا لا يفي بالغرض المطلوب.

• المناقشة والترجيح:

أ ـ مناقشة استدلال أصحاب القول الثاني:

ناقش أصحاب القول الأول ما استدل به مخالفوهم ممن منع قبول شهادة المرأتين مع يمين المدعي، حيث اعترضوا على استدلالهم الأول بأنه وارد في محل النزاع، ومن ثم لا يمكن الاحتجاج به، إذ وجود الرجل أساساً لقبول الشهادة غير مسلَّم به[٣].

أما ذكر عدم قبول شهادة أربع نسوة، ومن باب أولى عدم قبول شهادة امرأتين، فهو كذلك محل نزاع ولا يمكن قبوله والتسليم به[٤].

---

(١) ابن قدامة، المغني (٩/ ١٥٤)؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى (٦/ ٦٣٢)؛ د. صالح الهليل، المرجع نفسه ص: ٤٥٠.

(٢) ابن قدامة، المرجع نفسه؛ الرملي، نهاية المحتاج (٨/ ٣١٣)؛ د. صالح الهليل، المرجع نفسه ص: ٤٥١.

(٣) ابن القيم، المرجع السابق ص: ١٨٧.

(٤) ابن القيم، المرجع نفسه ص: ١٨٨.

أما فيما يخص التعليل الثاني القائم على الحكم بأن شهادة المرأتين ضعيفة، ويمين المدعي كذلك ضعيفة، ولا يتوقع من اجتماع الضعيفين إقامة حقّ؛ فهذا ـ أيضاً ـ فيه نظر، إذ لو كانت شهادة المرأتين ضعيفة ما قُبلت مع الرجل بنص القرآن مع وجود شهادة رجلين. وعليه فالرجل والمرأتان أصل ـ مثلما هو الأمر في شهادة الرجلين ـ فلا يستقيم الحكم بأن الأصل ضعيف![1].

ومن ناحية أخرى فإن المرأة إذا استوفت شروط الشهادة المطلوبة فإنها كالرجل في الصدق والأمانة والديانة، ولا يخفى أن السبب في إضافة شهادة المرأة إلى مثلها هو خوف النسيان والسهو فقط، وليس مرجعه لمعنى موجود في الرجل دون المرأة. وعلى هذا يتقوّى مركز المرأة الواحدة في الشهادة بمجرد انضمام شهادة أخرى لها، ومن ثم لا يمكن القول بأن شهادتهما ضعيفة؟![2].

ب ـ الترجيح:

بعد عرض وجهتي النظر في المسألة وأدلة كل طرف، فإنه يبدو رجحان القول الذي يقضي بقبول شهادة امرأتين في الأموال مع يمين المدعي.

وسبب الترجيح ما يأتي:

١ ـ قوة أدلة أصحاب القول الأول وسلامتها من المعارض.

٢ ـ ضعف أدلة القول الثاني بعد المناقشة.

٣ ـ اليسر ورفع الحرج عن الناس؛ فقد يتعذّر وجود الشاهد، ومن ثم إن حُكم بعدم قبول شهادة النساء فإنه يحصل من جراء ذلك ضرر وضياع للحقوق.

---

(١) ابن القيم، الطرق الحكمية ص:١٨٨.

(٢) المرجع نفسه؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٤٥١.

٤ ـ اتباع الإباحة الأصلية، فالأصل في الأشياء الإباحة حتى يرد دليل يمنع من ذلك[١]. ومن هذا القبيل اعتماد شهادة امرأتين مع يمين المدعي، فالقرآن الكريم والسُّنَّة المطهرة وإجماع المسلمين لم يرد في كل ذلك ما يمنع قبولها[٢]؛ وعلى هذا فهي باقية على أصل الإباحة[٣].

المرتبة السادسة: شهادة رجل واحد

وقد اختلف الفقهاء في قبول شهادة الرجل الواحد على قولين هما:

القول الأول: لا مانع من قبول شهادة الرجل الواحد بدون يمين:

وذهب إلى هذا القول: أبو داود[٤]، وابن تيمية (ت٧٢٨هـ)[٥]، وابن القيم (ت٧٥١هـ)[٦]، وآخرون[٧].

---

(١) السيوطي، الأشباه والنظائر ص:٦٦.
(٢) ابن القيم، المرجع السابق ص:١٨٧.
(٣) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٤٥٢.
(٤) هو سليمان بن الأشعث بن بشير الأزدي، السجستاني، ولد عام ٢٠٢هـ، شيخ السُّنَّة، الإمام الحافظ، معدود من كبار أصحاب أحمد بن حنبل، توفي بالبصرة سنة ٢٧٥هـ. من آثاره: المراسيل، والبعث والسنن. (ابن حجر، تهذيب التهذيب ٤/ ١٦٩).
وينظر قوله المذكور: أبو داود، السنن، باب إذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد يجوز له أن يحكم به (٣/ ٣٠٨).
(٥) البعلي، الاختيارات الفقهية ص:٣٦٣.
(٦) ابن القيم، الطرق الحكمية ص:٧٥، ١٢٨، ١٣٠؛ وإعلام الموقعين (١/ ١٠٠ ـ ١٠١).
(٧) نسب ابن حزم هذا القول إلى شريح، ومطرف بن مازن، وزرارة بن أوفى. ينظر: ابن حزم، المحلى (١٠/ ٥٨١).

القول الثاني: لا تقبل شهادة الرجل الواحد:

وممن ذهب إلى هذا القول[1]: النخعي (ت٩٥هـ)، والشعبي (ت١٠٣هـ)، والأوزاعي (ت١٥٧هـ)، والحنفية[2]، والظاهرية[3].



الأدلة:

أ ـ أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول المعتبرين لشهادة الرجل الواحد بالحديثين التاليين:

الحديث الأول: حديث عمارة بن خزيمة أنّ عمّه حدّثه، وهو من أصحاب النبي ﷺ أن النبي ﷺ ابتاع فرَساً من أعرابي فاستتبعه النبي ﷺ ليقضيه ثمن فرسه، فأسرع رسول الله ﷺ المشي وأبطأ الأعرابي فطفق رجال يعترضون الأعرابي فيساومونه بالفرس ولا يشعرون أن النبي ﷺ ابتاعه، فنادى الأعرابي رسول الله ﷺ فقال: إن كنت مبتاعاً هذا الفرس وإلا بعته، فقال النبي ﷺ حين سمع نداء الأعرابي فقال: «**أو ليس قد ابتعته منك؟**»، فقال الأعرابي: لا، والله ما بعتكه، فقال النبي ﷺ: «**بل قد ابتعته منك**»، فطفق الأعرابي يقول: هلم شهيداً، فقال خزيمة بن ثابت: أنا أشهد أنك قد بايعته، فأقبل النبي ﷺ على خزيمة فقال: «**بم تشهد؟**» فقال: بتصديقك يا رسول الله، فجعل رسول الله ﷺ شهادة خزيمة بشهادة رجلين[4].

---

(١) القائلون بعدم قبول الشاهد مع اليمين من باب أولى أن يقولوا بعدم قبول شهادة الواحد وقد تقدمت أدلتهم ومناقشتها في المرتبة الرابعة. وينظر: ابن قدامة، المغني (٩/ ١٥٢)؛ د. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٤٥٦.

(٢) الطحاوي، مختصر الطحاوي ص:٣٣٣؛ والجصاص، أحكام القرآن (١/ ٥١٤)؛ والسرخسي، المبسوط (١٦/ ١١٤).

(٣) ابن حزم، المحلى (١٠/ ٥٨١)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٤٥٣.

(٤) الحديث سبق تخريجه.

ووجه الدلالة من الحديث أن النبي ﷺ قبل شهادة خزيمة رضي الله عنه وحده، فدلّ ذلك على أن شهادة الرجل الواحد مقبولة في الأموال[1].

الحديث الثاني: حديث أبي قتادة رضي الله عنه قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ عام حنين، فلما التقينا كانت للمسلمين جولة، قال: فرأيت رجلاً من المشركين علا رجلاً من المسلمين فاستدرتُ حتى أتيته من ورائه حتى ضربته بالسيف على حبل عاتقه، فأقبل عليّ فضمّني ضمّة وجدتُ منها ريح الموت، ثم أدركه الموت فأرسلني، فلحقتُ عمر بن الخطاب فقلتُ: ما بال الناس؟ قال: أمر الله، ثم إن الناس رجعوا، وجلس النبي ﷺ فقال: «**من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه**»، فقمتُ فقلتُ: من يشهد لي ثم جلستُ. ثم قال الثالثة مثله فقمت، فقال رسول الله ﷺ: «**ما لك يا أبا قتادة؟**»، فاقتصصتُ عليه القصة، فقال له رجل من القوم: صدق يا رسول الله، وسلبه عندي فأرضه عني، فقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه: لَا هَا اللهِ إذن لا يعمد إلى أَسَدٍ من أَسْدِ الله يقاتل عن الله ورسوله ﷺ يعطيك سلبه، فقال النبي ﷺ: «**صدق فأعطاه**»، فبعتُ الدرع فابتعتُ به مَخْرِفاً[2] في بني سلمة فإنه لأول ما تأثلته[3] في الإسلام»[4].

ووجه الدلالة من الحديث أن رسول الله ﷺ حكم بشهادة رجل

---

(١) ابن القيم، المرجع السابق ص:٧٧، د. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٤٥٣.

(٢) المخرف: زنبيل صغير يجتنى فيه أطايب الثمار في الخريف، والمخرفة: البستان (الفيروزآبادي، القاموس المحيط ص:٧٢٣ مادة: خ ر ف).

(٣) تأثل: تموّل (الفيروزآبادي، المرجع السابق ص:٨٦٤ مادة: أ ث ل).

(٤) متفق عليه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب المغازي، باب قول الله تعالى: ﴿وَيَوْمَ حُنَيْنٍ إِذْ أَعْجَبَتْكُمْ كَثْرَتُكُمْ﴾... (٤/ ١٥٧٠)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب الجهاد والسير، باب استحقاق القاتل سلب القتيل (٣/ ١٣٧٠ ـ ١٣٧١).

واحد فاستحقّ السَّلَبَ بها، مما يدل على أن تلك الشهادة مقبولة في الأموال[1].

ب ـ أدلة القول الثاني:

إن الذي دعا إلى القول بعدم قبول شهادة الرجل الواحد في الأموال هو حكم رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد، إذ لو جاز قبول واحد حيث لم يقبله رسول الله ﷺ لكانت اليمين فضولاً، وحاش له من ذلك. وعليه لا يجوز قبول شهادة الرجل الواحد[2].

• المناقشة والترجيح:

أ ـ مناقشة دليل القول الثاني:

ناقش أصحاب القول الأول ما ذهب إليه مخالفوهم من الاستناد إلى قضاء رسول الله ﷺ بالشاهد مع اليمين، وقالوا: بأن اليمين ليست شرطاً في ذلك؛ لأن النبي ﷺ لما حكم بها لم يعتبرها شرطاً، بل قوّى بها شهادة الشاهد فهي من باب التقوية[3].

والذي يؤكد هذا المنحى في اعتبار اليمين ليست شرطاً هو أن الرسول ﷺ في الحديثين السابقين المحتج بهما في القول الأول اكتفى بالشاهد الواحد، ولم يضم إليه يميناً، فدلَّ ذلك على جواز الاكتفاء بالشاهد الواحد[4].

ب ـ الترجيح:

من خلال عرض ما استدل به الفريقان في المسألة يظهر ـ والله

---

(١) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٤٥٥.

(٢) ابن حزم، المحلى (١٠/ ٥٨١)؛ د. صالح الهليل، المرجع نفسه ص: ٤٥٦.

(٣) ابن القيم، الطرق الحكمية ص: ٧٦.

(٤) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٤٥٦.

أعلم ـ رجحان القول الأول، الذي يقضي بقبول شهادة الرجل الواحد في الأموال، وذلك للأسباب التالية:

١ ـ قوة الأدلة وهي من السُّنَّة الصحيحة، ووضوحها في الدلالة على المطلوب.

٢ ـ اعتماد أصحاب القول الثاني على استدلال سبقت مناقشته، وظهور عدم وجاهة الاستناد إليه لمنع قبول شهادة الرجل الواحد[١].

المرتبة السابعة: شهادة امرأة واحدة مع يمين المدعي

وقد ذهب إلى قبول شهادة المرأة الواحدة مع يمين المدعي كل من ابن تيمية (ت٧٢٨هـ)[٢]، وتلميذه ابن القيم (ت٧٥١هـ)[٣].

قال ابن تيمية (ت٧٢٨هـ): «ولو قيل: إنه يحكم بشهادة امرأة مع يمين الطالب في الأموال لكان متوجهاً؛ لأنهما أقيما مقام رجل في التحمل»[٤].

وهذه العبارة يفهم منها أن ابن تيمية (ت٧٢٨هـ) يرى اعتبار شهادة المرأة الواحدة مع اليمين طريقاً من الطرق المثبتة للأموال.

ولقد بحث ابن تيمية (ت٧٢٨هـ) المسألة وما يمكن أن يوجه لما اختاره من اعتراضات، من ذلك أنه يمكن القول بأن القرآن الكريم دلّ على أن المرأتين في مقابل رجل واحد في الشهادة ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾، وهذا يفهم منه أن المرأة الواحدة لا تقبل شهادتها في الأموال.

---

(١) ينظر: د. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٤٥٧.

(٢) البعلي، الاختيارات الفقهية ص:٣٦٣.

(٣) ابن القيم، إعلام الموقعين (١/ ٩٥ ـ ٩٦).

(٤) البعلي، المرجع السابق ص:٣٦٣.

لكن التحقيق يقتضي النظر إلى الآية من زاوية أخرى، وهي أنها وردت في موضع التحمل، وهو موضع التوثيق الذي يقصد منه حفظ المال. أما ما نحن بصدده فهو موضع الإثبات، ومن ثم الحكم والقضاء، فيعطى لكل موضع حكمه الخاص به.

ويقرّر ابن تيمية (ت٧٢٨هـ) أنه ليس في كتاب الله تعالى ولا في سُنَّة رسوله ﷺ أنه لا يحكم إلا بشهادة امرأتين، ولا يلزم من الأمر باستشهاد امرأتين وقت التحمل ألا يحكم بأقل منهما، وذلك لأن الطرق التي يحكم بها الحاكم أوسع من الطرق التي أرشد الله سبحانه صاحب الحقّ إلى أن يحفظ حقّه بها[١].

هذا، وإن ما ذهب إليه ابن تيمية (ت٧٢٨هـ)، وابن القيم (ت٧٥١هـ) في المسألة له قدر كبير من الوجاهة؛ فإذا توفرت شروط الشهادة كاملة في المرأة، ولم يكن أمام القاضي من سبيل إلا اعتماد تلك الشهادة[٢]. فإن اللجوء إلى قبولها بعد تدعيمها لدى القضاء بقرائن الحال هو من باب الضرورة خلافاً للأصل.

ولعلّ مما يؤيد قبول شهادة المرأة عند من يحكم بها ما ذكره ابن حزم (ت٤٥٦هـ) من أنّ معاوية[٣] رضي الله عنه قضى في دار بشهادة

---

(١) البعلي، المرجع السابق ص٣٦٣؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٤٥٧ ـ ٤٥٨.

(٢) د. صالح الهليل، المرجع نفسه ص: ٤٥٨.

(٣) هو معاوية بن أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية القرشي الأموي، الصحابي المشهور، مؤسس الدولة الأموية بالشام، كان فصيحاً حليماً وقوراً، ولد بمكة، وأسلم عام الفتح، ولاه أبو بكر ثم عمر، وأقره عثمان على الديار الشامية، تنازل له الحسن بن علي عام الجماعة، وتوفي سنة ٦٠هـ، (ابن حجر، الإصابة ٣/ ٤٣٣).

أم سلمة[1] رضي الله عنها، ولم يشهد بذلك غيرها[2].

تلك هي أهم مراتب الشهادة على الأموال. وإن النظر فيما تؤديه كل مرتبة يجعلنا نجزم بأن المرتبة الأولى والثانية لا شك في دخولهما في باب التوثيق، فمتى أشهد المرء رجلين أو رجلاً وامرأتين على معاملته فإنه بذلك قد خطا خطوة جيدة في الاحتياط لحقّه وتمسّك بما يحفظه من الجحود أو النسيان. ومن ثم كان الأولى بالمرء تقديم المرتبتين الأوليين قدر استطاعته في ثوثيق ديونه.

أما بقية المراتب فهي أقرب لباب الإثبات والحكم، ومع هذا فإن ما ترجَّح بشأنها يجعل المسلم يلجأ إلى الإثبات بتلك المراتب إن تعذّر عليه إشهاد رجلين أو رجل وامرأتين[3]؛ إذ عليه أن يتمسّك بكل ما من شأنه أن يحفظ له حقَّه في العاجل والآجل، وفي مختلف الظروف، ومن ثم لا يفرِّط في الموجود طلباً للمفقود، وإنما عليه الاستفادة من جميع الوسائل المتوفرة عند الحاجة.

المطلب الثالث

دور الإشهاد في حماية الديون

لقد بيَّن الله عز وجل أحكام الإشهاد على الديون بعدما فصَّل فيما يتعلق بكتابتها، وما تتطلبه من دقة وإحكام في تحرّي الحق والتزامه. قال سبحانه: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ

---

(١) هي هند بنت أبي أمية بن المغيرة بن عبد الله، المخزومية، أم المؤمنين، ممن أسلم قديماً، ومن المهاجرات الأول. تزوجها النبي ﷺ سنة أربع من الهجرة، بعد أن توفي زوجها أبو سلمة، موصوفة بالعقل البالغ والرأي الصائب، توفيت سنة ٥٩هـ، (ابن حجر، الإصابة ٤/٤٥٨).

(٢) ابن حزم، المحلى (١٠/٥٧٦)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٤٥٨.

(٣) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٤٥٩.

﴿وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰۚ...﴾ [البقرة: ٢٨٢]. وهذا بيان في غاية الوضوح في الدلالة على أهمية الإشهاد حيث ورد فيه مثل هذا التفصيل والتعليل. ولم يقف الأمر عند هذا الحدّ فقد زاد المولى سبحانه في التأكيد على هذا الأمر فنهى عن الإباء والامتناع عن الشهادة تحمّلاً وأداءً، فقال: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْۚ﴾... وزاد المولى سبحانه في التأكيد على الإشهاد في البيوع وهي مظنة لترتّب الديون فقال: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْۚ﴾...، ونهى عن إلحاق الضرر بالضغط على الكاتب أو الشاهد: ﴿وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌۚ﴾.

إن الإشهاد على الديون من أكثر وسائل بث الثقة بين المتعاملين، وذلك واضح في قوله تعالى: ﴿وَأَدْنَىٰٓ أَلَّا تَرْتَابُوٓاْ﴾، وهذا يؤدي في الوقت نفسه إلى تكثير عقود المعاملات وتسريع تداول الأموال، ودفع مظنة اتهام أحد المتداينين أو المتبايعين، وهذا كله يؤدي إلى حفظ المال والانتفاع به(١).

يقول محمد الطاهر بن عاشور(٢): «... فإن وسيلة تحديد التوثيق في المعاملات من أعظم وسائل بث الثقة بين المتعاملين، والذي من شأنه تكثير هذه العقود، وتداول المال ودورانه، والتداين من أعظم أسباب رواج المعاملات؛ لأن المقتدر على تنمية المال قد يعوزه المال

---

(١) بركات أحمد بني ملحم، مقاصد الشريعة الإسلامية في الشهادات (ط:١؛ الأردن: دار النفائس، ١٤٢٥هـ ـ ٢٠٠٥م) ص:٩٣.

(٢) هو الإمام العلامة الفقيه الأصولي النظار: محمد الطاهر بن عاشور، رئيس الإفتاء المالكي بتونس، وشيخ جامع الزيتونة وفروعه، ولد بتونس عام ١٢٩٦هـ ـ ١٨٧٩م، وتوفي بها سنة ١٣٩٣هـ ـ ١٩٧٣م، له مصنفات عدة منها: مقاصد الشريعة الإسلامية، التحرير والتنوير، وأصول النظام الاجتماعي في الإسلام. (كحالة، معجم المؤلفين: ٣/٣٦٣).

فيضطر إلى التداين، ليظهر مواهبه في التجارة والصناعة والزراعة مثلاً؛ ولأن المقتدر قد ينضب من بين يديه وله قبل به بعد، فإذا لم يتداين اختلّ ماله، فشرع الله للناس بقاء التداين المتعارف بينهم كيلا يظنوا أن تحريم الربا، والرجوع بالمتعاملين إلى رؤوس الأموال إبطال للتداين كله، وأفاد ذلك التشريع بوضعه في تشريع آخر مكمل وهو التوثيق له بالكتابة والإشهاد، والخطاب موجّه للمؤمنين؛ أي: لمجموعهم، والمقصود منه خصوص المتداينين، والأخص بالخطاب هو المدين؛ لأن من حقه عليه أن يجعل دائنه مطمئن البال على حاله فعلى المستقرض أن يطلب الكتابة وإن لم يسألها»[1].

وإذا كانت الكتابة هي المقدمة في توثيق الديون نظراً لما امتازت به من بقاء وسهولة الرجوع إليها، فإنها مع ذلك قد يتعذّر توفّرها لأسباب مختلفة منها: افتقاد الكاتب أو أداة الكتابة، فليس كل الناس مؤهلين لتحرير العقود وضبطها، كما أن التوثيق الرسمي له مكاتبه ومستلزماته التي قد لا تتجاوب مع كثير من الحالات العاجلة في التعامل التجاري ونحوه. ومن هنا كان الإشهاد أقرب السبل لتحقيق إثبات التعامل.

إن الإشهاد على الديون يقطع الطريق على من تسوّل له نفسه أكل أموال الناس وكتمان حقوقهم؛ لأن الشهادة تُطلب في مجلس القضاء الذي أوكل إليه أمر إقامة العدل وإيصال الحقوق لأصحابها، ومن ثم فإن خوف الفضيحة أمام الملأ، والمتابعة القضائية بعد إقامة الشهادة، كل ذلك يدفع بالمرء إلى التزام أداء الدَّين والامتناع عن الجحود.

وعلى هذا فتحمّل الشهادة وتأديتها على أحسن وجه يسهم بقدر

---

(١) ابن عاشور، التحرير والتنوير (٢/ ٩٨)؛ وينظر: د. يوسف حامد العالم، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ص: ٤٩٠؛ وبركات أحمد بني ملحم، مقاصد الشريعة الإسلامية في الشهادات ص: ٩٣.

وافر في وضوح المعاملات المالية وإبعادها عن الضرر والتعرّض للخصومات بقدر الإمكان، كما له دور بارز في استتباب الأمن، وإزالة الريب من النفوس، واستقرار المجتمع[1].

وحتى تؤدي الشهادة دورها المنوط بها في حفظ الحقوق فإن الشارع الحكيم ضبط أحكامها وشروطها، وميَّز الشهادة على الأموال عن غيرها من أنواع الشهادات؛ كالشهادة في الأخبار الدينية ونحوها، ذلك أن الأموال يكثر فيها الكذب، بينما في الأخبار الدينية لا يغلب فيها الكذب كالمعاملات المالية، وعلى هذا نجد أنه لا حرج من قبول شهادة المرأة الواحدة في ثبوت الأهلة ـ مثلاً ـ في حين نجد اختلافاً كبيراً بين الفقهاء في قبول شهادة الواحد أو الواحدة في المسائل المالية[2].

قال الإمام القرطبي (ت٦٧١هـ) في سياق بيان شهادة المرأتين مع الرجل في الديون: «. . . وإنما كان ذلك في الأموال دون غيرها؛ لأن الأموال كثّر الله أسباب توثيقها لكثرة جهات تحصيلها وعموم البلوى بها وتكررها؛ فجعل فيها التوثّق تارةً بالكتْبَةِ وتارة بالإشهاد وتارة بالضمان، وأدخل في جميع ذلك شهادة النساء مع الرجال. . .»[3].

وقال في موضع آخر: «لما كانت الشهادة ولاية عظيمة ومرتبة منيفة، وهي قبول قول الغير على الغير، شرط تعالى فيها الرِّضا والعدالة. فمن حكم الشاهد أن تكون له شمائل ينفرد بها، وفضائل يتحلى بها، حتى تكون له مزية على غيره، توجب تلك المزيةُ رتبة الاختصاص بقبول قوله، ويُحكم بشغل ذمته المطلوب بشهادته»[4].

---

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ص:١٨٠.

(٢) بركات أحمد بني ملحم، المرجع السابق ص:١٠١.

(٣) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٣٩١).

(٤) القرطبي، المرجع نفسه (٣/٣٩٦).

ونلمح في فرضية التحمّل والأداء في الشهادة مراعاة الجوانب الخلقية الواجب توفرها بين المسلمين في التعاون والتعاضد والتناصر في معاملاتهم مع بعضهم، حتى يكونوا كالبنيان المرصوص يشدّ بعضه بعضاً، فإن تحمّل الشهادة خير ومكرمة بالنسبة لصاحبها، لحفظ حقِّه وتوثيقه، وهو أمانة يتكبّد الشاهد فيها مسؤولية صيانتها وحفظها من أجل أخيه المسلم، وقد جاء في الحديث الشريف: «**مَنْ نَفَّسَ عَنْ مُؤْمِنٍ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ الدُّنْيَا نَفَّسَ اللهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ يَوْمِ القِيَامَةِ**...»[١].

كما أن أداء الشهادة على حقِّها فيه مناصرة للحق ودفع للظلم والطغيان ومنع للتعدي والعدوان، وقد جاء في الحديث: «**أُنْصُرْ أَخَاكَ ظَالِماً أَوْ مَظْلُوماً**...»[٢].

وهذا المزج البديع بين الأخلاق والأحكام الشرعية ميزة ترفد التعامل بمزيد من الصيانة والطمأنينة، وتؤمّن الثقة والاستقرار بين الناس، وتدعم السلوك والأخلاق بالضوابط والقواعد والأحكام[٣].

ونخلص مما سبق إلى أن الشارع الحكيم أحاط الشهادة بسياج متين، وضمان أكيد، لأداء مهمتها والقصد منها، وتجنب الانحراف بها عن الصراط المستقيم، فقد أمر سبحانه بالإشهاد وطلب تحمّل الشهادة، ونهى عن كتمها لتأمين الروابط الاجتماعية والمعاملات الدنيوية، وتوثيق الحقوق، وجعل إقامة الشهادة من حقِّه تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ...﴾

---

(١) رواه أبو هريرة رضي الله عنه، وأخرجه: مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر (٤/ ٢٠٧٤).

(٢) رواه أنس بن مالك رضي الله عنه، وأخرجه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب المظالم، باب أعن أخاك ظالماً أو مظلوماً (٢/ ٨٦٣).

(٣) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (١/ ١٢٧).

[الطلاق: ٢]، كما بيَّن تعالى عقوبة من يخالف ذلك أو يبدّل في الشهادة، أو يغيّر فيها، أو يشهد على باطل، وعمل الشارع الكريم على تلافي العيوب التي تعتري الشهادة، ولم يفتح الباب على مصراعيه، بل وضع لها حدوداً، وشرط فيها شروطاً، وأقام لها ضوابط، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ...﴾ [الحجرات: ٦]. وقال تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْۖ...﴾ [البقرة: ٢٨٢] بعد قوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ﴾. وقال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، إلى آخر ما هنالك من الشروط التي ذكرها الفقهاء سواء في تحمّل الشهادة أو في أدائها[١].

* موازنة بين النظرين الفقهي والقانوني في اعتماد الشهادة في إثبات الديون:

يتفق الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي في جعل الشهادة في المقام الثاني بعد الكتابة في توثيق الديون. إلا أن المشرِّع القانوني قد توجَّس خيفة من الشهادة لأسباب طارئة مرتبطة أساساً بمستوى الالتزام الأخلاقي لدى الأفراد، إلا أن الفقه الإسلامي اعتبر للشهادة الحجية المطلقة في جميع الوقائع والحوادث ولم يقيد حجيتها في مجال معين[٢].

والظاهر أن القانون رغم توجسه المبرر من الاعتماد المطلق على الشهادة، إلا أن موقفه هذا يعبِّر بوضوح عن قصور في معالجة هذا الإشكال، إذ اكتفى بترك أمر اعتماد الشهادة للسلطة التقديرية للقاضي، دون أن يتدخّل القانون في وضع شروط مفصَّلة لقبول الشهادة أو رفضها

(١) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (١/ ١٣٤ ـ ١٣٥).
(٢) المرجع نفسه (١/ ١٣٤).

أو لبيان مراتب الشهادة، وهذا كله يسهم بقدر وافر في زعزعة مركز الشهادة من بين وسائل التوثيق والإثبات في القانون الوضعي.

وكان الأجدر بواضعي تلك النصوص القانونية أن يتداركوا الأمر ويضبطوا أحكام الشهادة بما ييسر الاستفادة منها في حفظ الحقوق وصيانة الأموال ونحوها.

ولئن كان الفقه الإسلامي بنظرته الشاملة للحياة والكون لا يكتفي بالنظر إلى الواقع القائم، وإنما يتجاوزه إلى ما ينبغي أن يكون عليه وفقاً لتوجيهات الإسلام، ومن ثم ضبط مسألة الإشهاد وأحكم قواعدها. فإن القانون جاء لمعالجة واقع قائم، يسوده الفساد والانحراف بقدر معتبر، وهذا الواقع ينبغي أن لا يغيِّر من قيمة الشهادة شيئاً، ولا ينقص من منزلتها، آية ذلك أن هذا القانون الذي اتكأ على الواقع فغمط الشهادة حقَّها، نجده في الوقت نفسه يعتمد أقوال أهل الخبرة، ويمنح القضاة سلطة تقديرية مطلقة في اعتماد الشهادة والقرائن ونحوهما[1]، رغم أن القضاة والخبراء يشتركون مع الشهود في احتمال الكذب والتزوير وهم نتاج هذا الواقع المغضوب عليه.

يقول د. محمد الزحيلي: «وإن الناظر في الشهادة في الشريعة الإسلامية، وما أحاطها الشارع الحنيف من الاحتياط والشروط يجزم بأنها طريقة سليمة للإثبات، ولكن هذه الأوصاف والشروط يصعب تحققها في العصر الحاضر ما لم تعتمد على عقيدة راسخة، وذمّة ثابتة، وتربية روحية ومراقبة ذاتية وخوف من عذاب الله تعالى وخشية من عقابه الأليم، ولهذا فإننا نتطلع إلى مجتمع إسلامي تسوده هذه المثل لتهذِّب النفوس، وتُصلح السلوك في حمل الشهادة وأدائها بدقة وأمانة، وفي

---

(١) د. محمد الزحيلي، المرجع السابق (١/ ١٣٤ ـ ١٣٥).

تقديرها وحسن استعمالها والحكم بموجبها، وبذلك يتبوأ الشاهد والقاضي مكانهما اللائق في أداء الحق ونصرة المظلوم.

وحتى يتحقق ذلك، وانطلاقاً من الواقع والمجتمع وما يسوده من أخلاق وعادات وتقاليد وانحراف وميوعة وتحيّز وتعصّب، لا نجد مفرّاً من تقييد الشهادة والحدّ من استعمالها لسدّ الذرائع، ومنع ضياع الحقوق وحفظ الأعراض والأرواح والأبضاع، قال رسول الله ﷺ: «**كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ؛ دَمُهُ، وَمَالُهُ، وَعِرْضُهُ**»[1]، ومستندنا في هذا الآيات الكريمة السابقة، فقد نصّت صراحة على اشتراط العدالة ووجوب التثبت من نقل الأخبار»[2].

ويبدو والله أعلم أن الكلام السابق فيه قدر كبير من الصواب إلا أنه خلص إلى نتائج تستحقّ إعادة النظر. ذلك أن تقريره بسلامة طريقة الإثبات بالشهادة وصعوبة تحقق شروطها في العصر الحاضر نظراً لفساد الذمم، كل ذلك أمر معلوم لدى العام والخاص. لكن القول بأن الشهادة «تعتمد على عقيدة راسخة، وذمّة ثابتة، وتربية روحية ومراقبة ذاتية وخوف من عذاب الله تعالى وخشية من عقابه الأليم»، ثم ذكر التطلع إلى تلك المُثُل وهذا يجعلنا نتصور المسألة أبعد ما تكون عن واقع الحياة، وأنها تنزع إلى عالم المثاليات، ومعلوم أن أحكام التشريع جاءت لمعالجة الواقع المعيش بما فيه من مفاسد وموبقات مهما أوغلت في المخالفة، وأن تلك الأحكام صالحة لكل زمان ومكان.

هذه واحدة، والثانية أن موضوع الشهادة أحد موضوعات فقه

---

(١) جزء من حديث رواه أبو هريرة ﷺ، وأخرجه: مسلم، الجامع الصحيح، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله (٤/ ١٩٨٦).

(٢) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (١/ ١٣٥).

المعاملات، وقد بحث الفقهاء في شروط الشهادة وقواعدها ومراتبها وطرق الاستفادة منها وفقاً لظاهر الحال، وهذا هو دور القضاء الذي يحكم بالظاهر والله تعالى وحده يتولى السرائر. أما الجنوح إلى الأخلاقيات والغيبيات فهي وإن كانت أسساً عقيدية وأخلاقية داعمة إلا أن أثرها في الحكم الرافع للنزاع محدود.

هذا، وإن فساد الأخلاق ليس مبرِّراً كافياً ـ فيما نرى ـ للّجوء إلى القول بتقييد الشهادة والحدّ من استعمالها سدّاً للذرائع، والاتكاء على النصوص التي تدعو إلى التثبت في نقل الأخبار لتأييد هذا المسلك. ذلك أن فساد الأخلاق ونحوه يدعو إلى ضبط الشروط جيّداً وسدّ الطرق المختلفة التي تنزع إلى التحايل والظلم والتمظهر زوراً بالحقائق والعدل.

وإن الواجب على أهل النظر والاجتهاد بحث وسائل حسن تطبيق الأمر القرآني بالإشهاد لا الحدّ منه وتقييد مجالاته؛ لأن في ذلك الحدّ والتقييد تضييعاً للحقوق وتكريساً للنزاع.

وإذا كانت الأدلة المستند إليها صريحة في الأمر بالتثبت فإنها أدعى؛ لأن نكثف البحث في سبل كشف حقائق الشهود، وضبط أدائهم بما يغلّب جانب الحقّ ويرفع الظلم.

هذا، وإن هناك روافد كثيرة مساعدة بإمكانها أن تشجع على الإشهاد على الديون وحسن توثيقها من خلال تدخل الحكام بتكليف من يتفرغ لأداء هذه المهمة وفقاً لحاجة الناس في معاملاتهم في أسواقهم وفي حياتهم العامة.

لقد كان المسلمون يقومون بواجب الشهادة امتثالاً لأمر الله تعالى، وأملاً في حسن ثوابه، وشعوراً بواجب التعاون على البر والتقوى وتقديم يد المساعدة، فإذا ما استبدّ الانعزال والتخاذل بواحد منهم تُرك وشأنه

يتربص وعيد الله تعالى وعقابه. أما اليوم فقد تغيَّر الحال، وأصبح الإباء عن التحمّل والأداء في الشهادة شائعاً؛ مما ترتب عنه ضياع حقوق كثيرة، واضطر المشرِّع القانوني إلى النص على ترتيب عقوبة بدنية وغرامة مالية إذا امتنع الشاهد عن المثول أمام القضاء لأداء الشهادة على أساس أنها خدمة عامة يقصد منها تسهيل العدالة[1].

هذا، وإن الشاهد في بعض المجتمعات قد يتعرض من بعض السفهاء والمجرمين للتهديد والضغط ونحو ذلك لمنع أداء الشهادة على وجهها، ومن ثم فالواجب على السلطة توفير الحماية اللازمة للشاهد، وكذا اللجوء ـ إن تطلب الأمر ـ إلى السرية الكاملة في أداء الشهادة.

ولئن كانت نصوص الكتاب والسُّنَّة لم تتعرّض إلى بيان عقوبة تنزل على الممتنع عن الشهادة، واكتفت بالإشارة إلى وقوعه في الإثم[2]، إلا أن هذا الحكم له ما يبرره شرعاً وقانوناً، فهو يدخل ضمن اختصاص وسلطة الحاكم بناء على السياسة الشرعية، وما تتطلبه من إصدار قواعد التنظيم الذي يكفل تطبيق أحكام التشريع. ومع هذا كان الأفضل بالنسبة للمسلمين ألا يساقوا إلى أداء هذا الواجب بالإكراه البدني أو المالي، بل اللائق بهم أن يقصدوا القضاء لأداء شهادتهم بمجرد طلبها منهم امتثالاً لأمر الله تعالى، فهي أمانة واجبة الأداء، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا...﴾ [النساء: ٥٨][3].

يقول القرطبي (ت٦٧١هـ) عقب قول الله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (٢/٣٢٦).
(٢) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات (١/١٢٧ ـ ١٢٨).
(٣) المرجع نفسه (١/١٣٦ ـ ١٣٧).

﴿إِذَا مَا دُعُواْ. . .﴾ [البقرة: ٢٨٢]: «وقد يستلوح من هذه الآية دليلٌ على أن جائزاً للإمام أن يقيم للناس شهوداً، ويجعل لهم من بيت المال كفايتهم، فلا يكون لهم شغل إلا تحمّل حقوق الناس حفظاً لها، وإن لم يكن ذلك ضاعت الحقوق وبطلت. فيكون المعنى: ولا يأب الشهداء إذا أخذوا حقوقهم أن يجيبوا، والله أعلم»(١).

«فإن قيل: هذه شهادة بالأجرة؛ قلنا: إنما هي شهادة خالصة من قوم استوفوا حقوقهم من بيت المال، وذلك كأرزاق القضاة والولاة، وجميع المصالح التي تعنُّ للمسلمين، وهذا من جملتها ـ والله أعلم ـ وقد قال تعالى: ﴿وَٱلْعَـٰمِلِينَ عَلَيْهَا﴾ [التوبة: ٦٠]، ففرض لهم»(٢).

ومما نقترحه في هذا المجال:

١ ـ تكثيف الدور الإعلامي الذي يبث الوعي بضرورة الإشهاد على العقود، وأنه ليس في ذلك تخوينٌ لأحد المتعاقدين، وإنما فيه احتياط لما يمكن أن يأتي به مستقبل الأيام من تعرُّض أحد المتعاملين للنسيان أو المرض أو الغياب أو الوفاة.

٢ ـ الاستفادة من أئمة الصلوات الخمس، وأئمة الجمعة، والأئمة الأساتذة، والمرشدات الدينيات في المساجد لأجل إحياء واجب الشهادة؛ من خلال تكليفهم رسمياً بوظيفة الشهادة على العقود، باعتبارهم الأكثر انتشاراً في ربوع الوطن، وهم موظفون لديهم من الوقت ما يُيَسِّر لهم أداء المهمة، كما أن توظيفهم يخضع لشروطٍ أوفر حظّاً في الديانة والنزاهة والثقة. وإن تكليف الأئمة بهذه المهمة له دور بارز في ضبط الشهادة وتسهيل الرجوع إليها، كما قد يسهم في تحسين ظروف

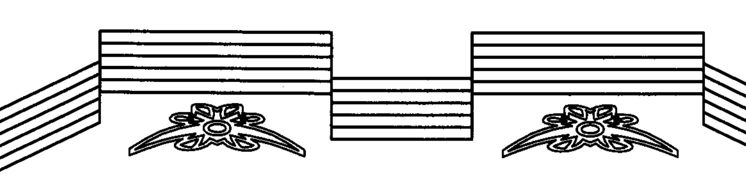
(١) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٣٩٨).

(٢) القرطبي، المرجع السابق (٣/ ٣٩٩).

هذه الفئة مادياً بتخصيص منحة مالية معتبرة لأداء تلك المهمة.

٣ ـ اعتماد التزكية من الشخصيات المعروفة بالأمانة والثقة والفقه في الدين، وذلك لقبول الشهادة والحكم بمقتضاها.





الفصل الثاني

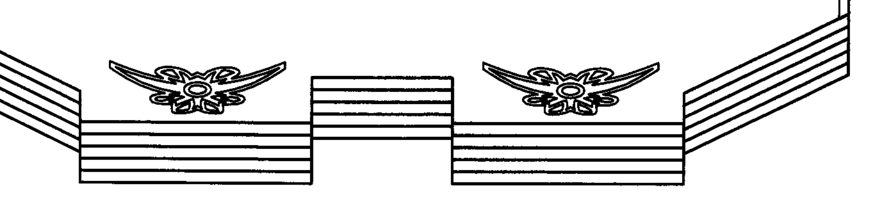
حماية الديون
من إفلاس المدين

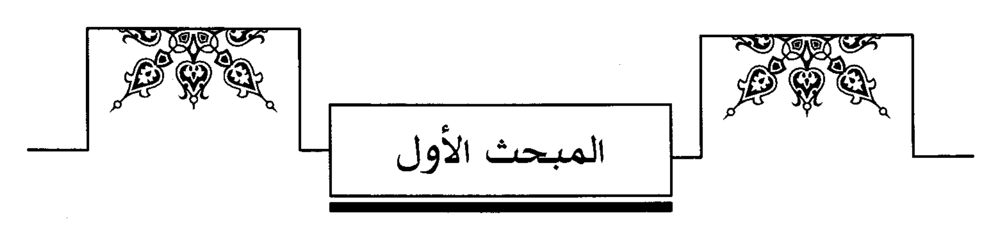
وسوف نتناول في هذا الفصل المباحث الثلاثة التالية:

المبحث الأول: الرهن ودوره في حماية الديون.

المبحث الثاني: الكفالة ودورها في حماية الديون.

المبحث الثالث: التأمين ودوره في حماية الديون.





الرهن ودوره في حماية الديون

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الرهن وبيان حكمه.

المطلب الثاني: أركان الرهن وشروطه.

المطلب الثالث: دور الرهن في حماية الديون.

○ ○ ○ ○ ○

المطلب الأول

تعريف الرهن وبيان حكمه

وسوف نبين مضمون هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين:

* الفرع الأول: تعريف الرهن

أولاً: الرّهن في اللّغة:

يطلق الرهن في اللغة العربية على الثّبوت والدّوام، يقال: رَهَنَ الشيءُ، إذا دام وثبت. ويأتي بمعنى الحبس، ومنه قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴿٣٨﴾﴾ [المدثر: ٣٨]؛ أي: محبوسة بكسبها، وقوله تعالى: ﴿كُلُّ ٱمْرِيٍٕ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور: ٢١]؛ أي: محبوس بعمله. والمعنى الثاني هذا قريب من الأول؛ لأن المحبوس ثابت في مكان لا يزايله[1].

---

(١) ينظر: الفيومي، المصباح المنير (١/ ٢٤٢)؛ والرازي، مختار الصحاح =

قال ابن فارس (ت٣٩٥هـ): «الرَّاءُ وَالهَاءُ وَالنُّونُ أَصْلٌ يَدُلُّ عَلَى ثَبَاتِ شَيْءٍ يُمْسَكُ بحَقٍّ أَوْ غَيْرِهِ... وَالشَّيْءُ الرَّاهِنُ الثَّابِتُ الدَّائِمُ»[١].

ثانياً: الرّهن في الاصطلاح الفقهي:

للرّهن في الاصطلاح إطلاقان[٢]؛ أولهما: على العين المرهونة تسمية للمفعول باسم المصدر[٣]، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ...﴾ [البقرة: ٢٨٣]. أما الثاني فعلى المصدر نفسه وهو العقد، وهذا هو المقصود في اصطلاح الفقهاء، وقد تعددت عباراتهم في تعريفه، ولعل أهمّها ما يلي:

١ ـ تعريف الحنفية:

عرّف علماء الحنفية الرّهن بأنه «جعلُ الشيء محبوساً بحقٍّ يمكن استيفاؤه من الرهن؛ كالدّيون»[٤].

٢ ـ تعريف المالكية:

قال ابن عرفة (ت٨٠٣هـ): «الرَّهنُ مالٌ قَبْضُهُ تَوَثُّقٌ به في دَيْنٍ»[٥].

= ص:١٧٣؛ وابن منظور، لسان العرب (١٣/ ١٨٨ ـ ١٩٠)؛ والفيروزآبادي، القاموس المحيط ص:١٠٨٣؛ والراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن ص:٢١٠؛ ود. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط (١/ ٤٠٢)، كلهم في مادة: «ر هـ ن».

(١) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة (٢/ ٤٥٢ ـ ٤٥٣).

(٢) صالح عبد السميع الآبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل (لا.ط؛ بيروت: المكتبة الثقافية، د.ت، ٢/ ٧٧).

(٣) الجرجاني، التعريفات ص:١١٣؛ وابن حجر، فتح الباري (٥/ ١٤٠).

(٤) المرغيناني، الهداية (٤/ ٤٦٦)؛ وينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق (٦/ ٦٢)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٣١٧).

(٥) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٠٩).

وقال الدردير[1] بأنه: «شيءٌ متموّلٌ أُخِذَ من مالكه توثُّقاً به في دَيْنٍ لازم أو صائر إلى اللزوم»[2]، ومؤدى التعريفين واحد.

٣ ـ تعريف الشافعية:

عرّف الشافعية الرّهن بأنه «جَعْلُ عينِ مالٍ متموَّلٍ وثيقةً بدَيْنٍ يُستوفَى منه عند تعذُّر استيفائه»[3].

٤ ـ تعريف الحنابلة:

قال ابن قدامة (ت٦٢٠هـ) في تعريف الرّهن بأنه: «المالُ الذي يُجعلُ وثيقةً بالدَّين ليُستوفى من ثمنه إن تعذَّر استيفاؤه ممن هو عليه»[4].

• مناقشة التعريفات:

من خلال عرض أهم الصيغ المتداولة بين فقهاء المذاهب في تعريف الرّهن يتبين لنا بجلاء صعوبة اتفاقهم على تعريف معين، ولعل مرد هذا يرجع إلى اختلاف الأحكام المتعلقة بالرّهن عند الفقهاء.

---

(١) هو أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، أبو البركات، من أعلام الفقه في المذهب المالكي، ولد في بني عدي (بمصر) عام ١١٢٧هـ؛ وتعلم بالأزهر؛ وتوفي بالقاهرة سنة ١٢٠١هـ، من آثاره: أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، ومنح القدير شرح مختصر خليل. (مخلوف، شجرة النور ص٣٥٩؛ والزركلي، الأعلام ٣/ ٢٣٢).

(٢) الدردير، الشرح الصغير ـ مع بلغة السالك للصاوي ـ (٣/ ١٨٩)؛ وينظر: الحطاب، مواهب الجليل (٥/ ٢).

(٣) ينظر: محمد بن أحمد الرملي ت١٠٠٤هـ، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان (لا.ط؛ القاهرة: مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، ١٣٧٩هـ ـ ١٩٥٩م) ص:١٩٣؛ وينظر: النووي، المجموع (١٣/ ١٧٧)؛ وزكريا الأنصاري، أسنى المطالب (٢/ ١٤٤)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ١٢١)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٤/ ٢٣٤).

(٤) ابن قدامة، المغني (٦/ ٤٤٣)؛ وينظر: المرداوي، الإنصاف (٥/ ١٣٧)؛ والرحيباني، مطالب أولي النهى (٣/ ٢٤٨).

وبالنظر في الشطر الأول من التعريفات السابقة يتضح الاختلاف أكثر؛ فالحنفية قالوا بأن الرهن: «جعلُ الشيء محبوساً...»، في حين قال المالكية: «مالٌ...»، أو «شيءٌ متموّلٌ...»، والشافعية: «جَعْلُ عينِ مالٍ...»، واختار الحنابلة القول: «المالُ الذي يُجعلُ...».

إنّ الحنفية يقولون بحبس الرهن عن الراهن طوال المدة المقررة، ومن ثم لا ينتفع به الراهن مطلقاً، حتى ولو أذن له المرتهن، في حين أجاز المالكية والحنابلة انتفاع الراهن بالمرهون إن كان بإذن من المرتهن، وبقاء الرهن منعقداً. أما الشافعية فأطلقوا جواز استفادة الراهن بالمرهون سواء أذن المرتهن أو لم يأذن، بل ذهبوا إلى القول بإمكانية تلك الاستفادة ولو قهراً على المرتهن؛ وعلى هذا ظهر أثر هذا الاختلاف في صياغة تعريف الرهن[1].

هذا، وإن النظر إلى مصلحة الدائن يدعو إلى الأخذ بحكم الشافعية من جهة جواز انتفاع الراهن بالرهن مطلقاً[2].

- **التعريف المختار:**

يظهر ـ والله أعلم ـ أن أوضح العبارات في تعريف الرّهن، وأكثرها تنبيهاً إلى المقصود منه، هي القول بأنه: عقد يقتضي توثيق دين بعين يمكن الاستيفاء منها أو من ثمنها عند تعذره من المدين.

- **المناسبة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي:**

إن المعنى اللغوي الذي لا يخرج عن الدوام، والثبات، واللزوم،

---

(١) د. محمد إسماعيل أبو الريش، بيان مذاهب الفقهاء في عقد الرهن (ط:١، مصر: مطبعة الأمانة، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م) ص:١٣ ـ ١٤.

(٢) د. حسن محمد الرفاعي، العسرة المادية بين الشريعة والقانون ـ مرجع سابق ـ ص:١٣٩ ـ ١٤٠.

والحبس، كله موجود في المعنى الاصطلاحي؛ إذ المرهون محبوس عن التصرف فيه حتى يتم استيفاء المرتهن حقه، والحبس فيه الثبات واللزوم.

ثالثاً: الرّهن في القانون:

يطلق القانون على الرهن بالمعنى الفقهي المتقدم تسمية: «الرهن الحيازي»؛ حيث عرّفته المادة (٩٤٨) من التقنين المدني الجزائري بأنه: «عقد يلتزم به شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلّم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه للدائن حقّاً عينياً يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدّين، وأن يتقدّم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أن يتقاضى حقَّه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون».

وذهب القانون إلى تخصيص نوع آخر من الرهن أطلق عليه تسمية: «الرهن الرسمي»، وعرَّفته المادة (٨٨٢) من التقنين المدني الجزائري بأنه: «عقد يكسب به الدَّائن حقّاً عينياً، على عقار لوفاء دَيْنه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدَّائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقِّه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان».

والجدير ذكره أن الرهن الرسمي يعتبر نوعاً مستجداً؛ لأنه لا ينعقد إلا بعقد رسمي أو حكم بمقتضى القانون[1]، كما يجب تقييده وفق أحكام خاصة بالرهن العقاري[2]. والغرض من هذا كله تأمين الدائن المرتهن على عقار مدينه، خوفاً من بيعه، وضماناً لدينه في حال إعساره، ولقد تحدث الفقهاء الذين وضعوا مشروع تقنين الشريعة

(١) المادة (٨٨٣) الفقرة (١) من القانون المدني الجزائري.

(٢) المادة (٩٦٥) من القانون المدني الجزائري.

الإسلامية عن حكم الرهن الرسمي فقالوا: «والفقه الإسلامي وإن كان لا يتحدَّث إلا عن الرهن الحيازي، إلا أنه يقبل الرهن الرسمي في ضوء التنظيم المقرر له، ذلك أن هذا التنظيم بما فيه من رسمية وشهرٍ يتفق مع ما يهدف إليه الفقه الإسلامي من تأمين الدَّين وضمان الوفاء به، إذ إنَّ توثيق الدَّين وتأمينه من شأنه أن يوفّر الثقة بين الدَّائن ومدينه»[1].

* الفرع الثاني: حكم الرهن

الرّهن جائز وليس واجباً[2]. قال ابن قدامة (ت٦٢٠هـ): «والرّهنُ غير واجب. لا نعلم فيه مخالفاً؛ لأنه وثيقة بالدَّين، فلم يجب؛ كالضمان»[3]، وإنَّ قول الله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ إرشادٌ لنا لا إيجاب علينا، بدليل قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾، ولأنه أمَرَ به عند تعذّر الكتابة، والكتابة غير واجبة، فكذلك بدلها[4].

هذا، وقد اتفق الفقهاء على مشروعية الرّهن في السفر، واختلفوا في مشروعيته في الحضر، ولهم في ذلك قولان هما:

---

(١) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية، قانون المعاملات المدنية (لا.ط؛ الإمارات العربية المتحدة: دار الكتاب الإسلامي العالمي، أم القيوين، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م، ٢/٤١٧. وقد وضع هذا المشروع نخبة من الأساتذة المصريين المتخصصين من جامعة الأزهر، وهيئة كبار العلماء، ومجمع البحوث الإسلامية، ووزارة العدل، وبعض الجامعات المصرية، وتم إنجازه خلال أربعين شهراً تقريباً، وذلك في شهر تموز من عام ١٩٨٢م. (د. حسن الرفاعي، العسرة المادية ص:١٤٢).

(٢) نخبة من الفقهاء، الموسوعة الفقهية ـ مرجع سابق ـ (٢٣/ ١٠٤).

(٣) ابن قدامة، المغني (٦/ ٤٤٤).

(٤) المرجع نفسه.

- **القول الأول: إنَّ الرَّهن مشروع في الحَضَر كالسَّفر.**

وهو مذهب الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4].

- **القول الثاني: إنَّ الرَّهن مشروعٌ في السَّفر دون الحَضَر.**

وهو مذهب الظاهرية[5]، ومروي عن مجاهد (ت١٠٠هـ)، والضحاك (ت١٠٥هـ)[6].

الأدلة:

أ ـ أدلة القول الأول:

استدل القائلون بمشروعية الرَّهن في الحضر والسفر بالكتاب والسُّنَّة والمعقول.

١ ـ من الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ...﴾ [البقرة: ٢٨٣].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله تعالى لما ذكر النَّدب إلى الإشهاد والكتابة لمصلحة حفظ الأموال عقب ذلك بذكر حال الأعذار المانعة من الكتابة، وجعل لها الرهن، ونصَّ على السفر الذي هو غالب

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٤).

(٢) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٢٧٥)؛ وابن عطية، المحرر الوجيز (٢/ ٣٧٤ ـ ٣٧٥)؛ والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٤٠٧).

(٣) الشيرازي، المهذب (١/ ٤٠٣).

(٤) ابن قدامة، المغني (٦/ ٤٤٤)؛ وكذا (٤/ ٣٦٢).

(٥) ابن حزم، المحلى (٨/ ٨٧).

(٦) ابن العربي، أحكام القرآن (١/ ٢٦٠)؛ وابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٢٧٥)؛ والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٤٠٧)؛ والكيا الهراسي، أحكام القرآن (١/ ٣١٤)؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٣٦٢).

الأعذار لا سيما في ذلك الوقت لكثرة الغزو، ويدخل في ذلك المعنى كلّ عذر، فرب وقت يتعذَّر فيه الكاتب في الحضر؛ كأوقات أشغال الناس وبالليل، وأيضاً فالخوف على خراب ذمّة الغريم عذر يوجب طلب الرهن[(١)].

ومذهب جماهير العلماء عدمُ صحة العمل بمفهوم المخالفة فيما يَخْرُجُ مخرج الغالب من الألفاظ[(٢)].

٢ ـ من السُّنَّة:

حديث أم المؤمنين عائشة ﵂ «أنَّ النَّبي ﷺ اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَاماً إِلَى أَجَلٍ ورَهَنَهُ دِرْعَهُ»[(٣)]. وفي لفظ آخر من رواية أنس بن مالك ﵁ قال: «رَهَنَ رَسُولُ الله ﷺ دِرْعاً عِنْدَ يَهُودِيٍّ بالمدينة وَأَخَذَ مِنْهُ شَعِيراً لأَهْلِهِ»[(٤)].

ووجه الدلالة أن رسول الله ﷺ رهن في الحَضَر ولم يكتب[(٥)]. وفِعْلُه ﷺ حُجَّةٌ، فدلَّ ذلك على مشروعية الرَّهن وجوازه حضَراً وسفَراً[(٦)].

---

(١) ابن عطية، المحرر الوجيز (٢/ ٣٧٤ ـ ٣٧٥)؛ وابن قدامة، المغني (٦/ ٤٤٤).

(٢) ينظر: الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام (٣/ ١٠٠)؛ ومحمد بن علي الشوكاني ت١٢٥٠هـ، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت) ص:١٨٠؛ ود. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات ص:١٠٣.

(٣) أخرجه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الرهن، باب من رهن درعه (٢/ ٨٨٧).

(٤) أخرجه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب شراء النبي ﷺ بالنسيئة (٢/ ٧٢٨).

(٥) ابن قدامة، المغني (٦/ ٤٤٤).

(٦) د. نزيه حماد، المرجع السابق ص:١٠٣ ـ ١٠٤.

٣ ـ من المعقول:

إنّ الرَّهن وثيقةٌ جائزةٌ في السَّفَر فتجوز في الحَضَرِ قياساً على الضَّمان[١]؛ فالجامع بينهما قَصْدُ التوثيق في كلٍّ من الضَّمان والرَّهن، والضَّمان جائزٌ في الحَضَر والسَّفَر فكذا الرَّهن يجوز فيهما[٢].

ب ـ أدلة القول الثاني:

استدلّ المانعون من الرَّهن في الحضر والمجيزون له في السفر بأدلة من الكتاب والسُّنَّة والاستصحاب.

١ ـ من الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

ووجه الدلالة أن الله تعالى ذكر اشتراط السفر في الرَّهن في حال عدم وجود كاتب، فدلَّ ذلك بمفهومه أنه لا يُشرع في الحضر[٣].

٢ ـ من السُّنَّة:

حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها «أنَّ النَّبي ﷺ اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَاماً إِلَى أَجَلٍ ورَهَنَهُ دِرْعَهُ»[٤].

ووجه الدلالة أن الحديث ليس فيه اشتراط الرهن، والممنوع

---

(١) ينظر: الجصاص، أحكام القرآن (١/ ٥٢٣)؛ وابن العربي، أحكام القرآن (١/ ٢٦٠)؛ والشافعي، الأم (٣/ ١٣٩)؛ والشيرازي، المهذب (١/ ٣١٢)؛ والكيا الهراسي، أحكام القرآن (١/ ٣١٤)؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٣٦٢)؛ والكافي (٢/ ١٢٨)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٣/ ١٠٧).

(٢) ينظر: د. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات ص: ١٠٤؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون في الفقه الإسلامي ص: ١٠٤.

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٢٧٥)؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٣٦٢).

(٤) أخرجه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الرهن، باب من رهن درعه (٢/ ٨٨٧).

هو اشتراطه في العقد، أما وإنه تطوع من الراهن حينئذ فلا مانع منه[1].

٣ ـ من الاستصحاب:

إن الأصل عدم مشروعية الرهن في الحضر، ولم يرد ما يخرج عن هذا الأصل؛ فيبقى عدم المشروعية على ما هو عليه[2].

• مناقشة الأدلة والترجيح:

أ ـ مناقشة أدلة القول الثاني:

١ ـ مناقشة الاستدلال بالكتاب:

إن احتجاج أصحاب القول الثاني بالآية الكريمة يستند إلى مفهوم المخالفة، إلا أن هذا لا يستقيم لكون الشرط المذكور لا مفهوم مخالفة له؛ لأنه مُنَزَّل على غالب الأحوال، ومما يدل على ذلك أن الرسول ﷺ اشترى في الحضر ورهن ولم يكتب، وذلك الكاتب إنما يعدم في السفر غالباً، فأما في الحضر فلا يكون ذلك بحال، ومن القواعد المقررة للأخذ بدليل الخطاب أن من شروطه أن لا يجري على الغالب، ومن أمثلة ذلك في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم...﴾ [النساء: ٢٣][3].

٢ ـ مناقشة الاستدلال بالسُّنَّة:

إن القول بأنه لم يرد في الحديث ما يدل على اشتراط الرَّهن، يقابله أيضاً أنه لم يرد فيه أن تقديم الرهن كان تطوعاً. ومع هذا فقد جاء

---

(١) اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، «الرهن» مجلة البحوث الإسلامية، الرياض، العدد: ٢٤/ربيع الأول ١٤٠٩هـ، ص: ٢٠.
(٢) المرجع نفسه ص: ٢١.
(٣) المرجع نفسه ص: ٢٠.

في حديث أبي رافع[1] في بعثه النبي ﷺ إلى اليهودي يسلفه طعاماً لضيف نزل به فأبى إلا برهن فرهنه درعه[2].

٣ ـ مناقشة الاستدلال بالاستصحاب:

إن الاستصحاب إنما يعمل به مع عدم الدليل المعارض له، وقد ورد ما يدل على رفعه وهو ما سبق من الدليل الدال على أنه ﷺ رهن درعه في الحضر من يهودي في طعام أخذه لأهله، وما روى البخاري أن النبي ﷺ قال[3]: «**الظَّهْرُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُوناً، وَلَبَنُ الدَّرِ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُوناً**»[4].

ب ـ الأجوبة على الاعتراضات:

ـ أجيب عن حديث أبي رافع المثبت لاشتراط الرهن في العقد بأنه خبر انفرد به موسى بن عبيدة الربذي، وهو ضعيف، ضعّفه يحيى بن

---

(١) هو أبو رافع القبطي، مولى رسول الله ﷺ، اسمه: إبراهيم، وقيل: أسلم، أو ثابت، أو هرمز، مات في أول خلافة علي على الصحيح. (ابن حجر، تقريب التهذيب ص: ٥٦٢).

(٢) أخرجه: الطبراني، المعجم الكبير (١/ ٣٣١)؛ والبزار، مسند البزار (٩/ ٣١٥). قال الهيثمي: ... عن أبي رافع قال: أضاف رسول الله ﷺ ضيفاً فلم يلق النبي ﷺ ما يصلحه فأرسلني إلى رجل من اليهود، يقول لك محمد رسول الله: أسلفني دقيقاً إلى هلال رجب، قال: لا إلا برهن؛ فأتيت النبي ﷺ فأخبرته قال: «**أما والله إني لأمين في السماء أمين في الأرض ولو أسلفني أو باعني لأديت إليه**». فلما خرجت من عنده نزلت هذه الآية ﴿وَلَا تَمُدَّنَّ عَيْنَيْكَ إِلَىٰ مَا مَتَّعْنَا بِهِۦٓ أَزْوَٰجًا مِّنْهُمْ﴾ إلى آخر الآية... رواه الطبراني في الكبير والبزار وفيه موسى بن عبيدة الربذي وهو ضعيف. (الهيثمي، مجمع الزوائد ٤/ ١٢٦).

(٣) البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الرهن، باب الرهن مركوب ومحلوب، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه (٢/ ٨٨٨).

(٤) اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، «الرهن» ـ مرجع سابق ـ ص: ٢١.

سعيد القطان[1]، ويحيى بن معين[2]، والبخاري (ت٢٥٦هـ)، وابن المديني[3]، وقال أحمد بن حنبل (ت٢٤١هـ): لا تحل الرواية عنه[4].

جـ ـ الترجيح:

يظهر ـ والله أعلم ـ رجحان القول الأول الذي يقضي بمشروعية الرهن في الحضر كما في السفر، وذلك للأسباب التالية:

١ ـ سلامة أدلة القول الأول من المعارض.

٢ ـ ظهور عدم وجاهة استدلال أصحاب القول الثاني، وهذا بعد المناقشة.

٣ ـ مراعاة المصلحة في توثيق الحقوق وإعطاء ضمانات أكثر تحفظ مصلحة الطرفين وتمنع الضرر عنهما.

---

(١) هو يحيى بن سعيد بن فروخ التميمي، أبو سعيد القطان، البصري، إمام حافظ، قدوة متقن، روى عن جعفر الصادق ومالك وغيرهما، وروى عنه أحمد وابن المديني وآخرون. قال أحمد: لم يكن في زمانه مثله، توفي سنة ١٩٨هـ. (ابن حجر، تهذيب التهذيب ١١/ ٢١٦؛ وابن العماد، شذرات الذهب ١/ ٣٥٥؛ والسيوطي، طبقات الحفاظ ص: ١٣١).

(٢) هو يحيى بن معين بن عون بن زياد بن بسطام، الإمام الحافظ، شيخ المحدثين، أبو زكريا، سمع من ابن المبارك وغيره، وروى عنه أحمد بن حنبل وغيره، توفي سنة ٢٣٣هـ. (ابن حجر، تهذيب التهذيب ١١/ ٢٨٠).

(٣) هو علي بن عبد الله بن جعفر، السعدي مولاهم، أبو الحسن بن المديني، أحد الأئمة الأعلام وحفاظ الإسلام، أعلم أهل عصره بالحديث وعلله، روى عن أبيه وحماد بن زيد وابن عيينة وهشيم، وعنه أحمد والبخاري وأبو داود وأبو حاتم والبغوي وخلق كثير، توفي بالبصرة سنة ٢٣٤هـ. (السيوطي، طبقات الحفاظ ص: ١٨٧).

(٤) ابن حجر، تهذيب التهذيب (١٠/ ٣١٨ ـ ٣١٩).

المطلب الثاني

أركان الرهن وشروطه

وسوف نبين مضمون هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين:

*** الفرع الأول: أركان الرهن**

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3]، إلى أن أركان الرهن أربعة هي:

١ ـ **العاقدان**: وهما الراهن (المدين) الذي أعطى الرهن، والمرتهن (الدائن) آخذ الرهن.

٢ ـ **الصيغة**: وهي الإيجاب والقبول.

٣ ـ **المرهون**: وهو الشيء المتمول المجعول وثيقة بالدَّين.

٤ ـ **المرهون فيه**: وهو الدَّين.

أما الحنفية فذهبوا إلى أن للرهن ركن واحد هو الصيغة، وهي الإيجاب والقبول. وإن عامة مشايخ الحنفية يرون أن ركن الرهن هو الصيغة بطرفيها «الإيجاب والقبول»، فالقبول ركن؛ كالإيجاب كما في البيع[4].

---

(١) ينظر: أحمد بن غنيم النفراوي ت١١٢٦هـ، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (ط:١؛ بيروت: المكتبة العصرية، ١٤٢٥هـ ـ ٢٠٠٥م، ٢/ ١٨١)؛ والدردير، الشرح الصغير ـ مع بلغة السالك ـ (٢/ ١٠١).

(٢) ينظر: الغزالي، الوجيز (١/ ٩٥ ـ ٩٦)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ١٢١)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٤/ ٢٣٤).

(٣) إن التقعيد العام عند الحنابلة أن للعقد أربعة أركان كما في البيع، مما يفهم منه أن سائر العقود كذلك. وينظر: ابن مفلح، المبدع (٤/ ٤). (د. صالح الهليل، توثيق الديون في الفقه الإسلامي ص:٧٦).

(٤) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٧ ـ ٢٠٨)؛ والبابرتي، العناية (٨/ ١٨٩)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٦/ ٤٧٨).

في حين يرى بعض الحنفية أن الركن هو الإيجاب فقط، أما القبول فإنه شرط. وعلى هذا القول ينعقد الرهن بقول الراهن: رهنتك هذا الشيء، أو: خُذ هذا الشيء رهناً بمالك عليَّ، ونحو ذلك.

ومردّ هذا الرأي إلى أن الرّهن عقد تبرع؛ فيتم بالمتبرع وهو هنا الراهن؛ كالهبة والصدقة تتم بالواهب والمتصدق[1].

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال أن ما ذهب إليه بعض الحنفية من قياس الرَّهن على الهبة وعلى الصدقة يعتبر قياساً مع الفارق؛ ذلك أن كلّاً من الهبة والصدقة تبرّع من جميع الوجوه، في حين نجد الرَّهن لا مدخل للتبرع فيه فلا يعدو كونه مجرد توثقة[2].

وعلى هذا يظهر لنا رجحان اختيار الجمهور في أركان الرَّهن؛ لأنه يتناسب مع المعنى الاصطلاحي للركن الذي يجعل منه جزءاً من الماهية، وإن جميع ما اعتبره الجمهور أركاناً هو في حقيقة الأمر من أجزاء ماهية عقد الرهن[3].

*** الفرع الثاني: شروط الرهن**

إن شروط الرَّهن تتوزّع بحسب أركانه، ومن ثم فلكل ركن شروطه، وهي كالآتي:

أولاً: شروط المتعاقدين

اتفق الفقهاء على أن كل من جاز بيعه وشراؤه جاز رهنه وارتهانه[4]،

---

(١) ينظر: المرغيناني، الهداية (٤/ ١٢٦)، وابن عابدين، المرجع السابق (٦/ ٤٧٨).

(٢) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٧٧.

(٣) المرجع نفسه.

(٤) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٤)؛ وابن عبد البر، الكافي ص: ٤١٠؛ =

لكنهم اختلفوا فيمن يصح بيعه وشراؤه، وعليه يقتضي الأمر بيان تلك الشروط، وهي:

١ ـ العقل:

فلا يجوز الرَّهن ولا الارتهان من المجنون والصّبي الذي لا يعقل، وهذا باتفاق الفقهاء[١].

٢ ـ البلوغ:

واختلف الفقهاء بشأن صحة رهن وارتهان الصّبي ولو كان مميّزاً، ولهم في المسألة قولان:

ـ **القول الأول: يصح الرَّهن والارتهان من الصّبي بإذن وليِّه.**

وذهب إلى هذا القول: الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، وهو رواية عن أحمد بن حنبل (ت٢٤١هـ)[٤].

ـ **القول الثاني: لا يصح الرَّهن والارتهان من الصّبي في كل الأحوال.**

وذهب على هذا القول: الشافعية[٥]، وهو الرواية الثانية عن أحمد (ت٢٤١هـ)[٦].

= وابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٢٧٢)؛ ومحمد عرفة، حاشية الدسوقي (٣/ ٢٣١)؛ والشيرازي، المهذب (١/ ٤٠٣)؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٣٦٤)؛ والمرداوي، الإنصاف (٥/ ١٣٩).

(١) المراجع نفسها.

(٢) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٤).

(٣) ينظر: الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل (٥/ ٢٣٦)؛ ومحمد عرفة، حاشية الدسوقي (٣/ ٢٣١).

(٤) ينظر: ابن الجوزي، المدخل إلى مذهب أحمد ص:٥٥؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٢٧٢).

(٥) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٠٣)؛ والنووي، المجموع (٩/ ١٦٤).

(٦) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٢٧٢)؛ والمرداوي، الإنصاف (٥/ ١٣٩)؛ وأبو النجا الحجاوي، الإقناع (٢/ ١٥١).

الأدلة:

أ ـ أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بالكتاب والمعقول:

١ ـ من الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ. . .﴾ [النساء: ٦].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله تعالى أمر باختبار اليتامى حتى يعلم رشدهم من خلال استقامة تصرفاتهم، وهذا لا يتأتى إلا من خلال تفويض التصرف إليهم بيعاً وشراءً، ثم الحكم عليهم بعد ذلك ومعرفة مدى حذقهم وقدرتهم على التصرّف. وهذا دليل على صحّة تصرفاتهم المأذون فيها من قبل الوليّ[١].

٢ ـ من المعقول:

إن الفقهاء ذهبوا إلى صحّة تصرّف العبد إذا أذن له سيده، وإنّ الصبي في حال كونه مميزاً نجده عاقلاً مميزاً محجوراً عليه؛ ومن ثم فيصح تصرّفه بإذن وليّه[٢].

ب ـ أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بالكتاب والسُّنَّة والمعقول:

١ ـ من الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ وَقُولُوا۟ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ﴿٥﴾﴾ [النساء: ٥].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أنها تضمنت النهي عن دفع المال

---

(١) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٢٧٢).

(٢) ينظر: المرجع نفسه.

إلى السفهاء، من الصبيان ونحوهم؛ لئلا ينفقوه في أسرع مدة فيبقون عالة على الناس[1].

وإنّ النهي يقتضي التحريم وفساد المنهي عنه على القول المرجّح عند الأصوليين[2]، مما يدل على تحريم التصرفات المالية على السفهاء ومنهم الصبيان، فلا تصح تصرفاتهم ومنها رهنهم وارتهانهم[3].

٢ ـ من السُّنَّة:

حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «**رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ المَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ**»[4].

ووجه الدلالة من الحديث أن الصبي لا يجب عليه شيء لكون القلم مرفوعاً عنه، وإن العقود تتطلب الاستلام والتسليم، ولو قيل: إن بيع الصبي صحيح وكذا سائر تصرفاته للزم القول التسليم، وهذا مخالف للحديث. وعليه فإن تصرفات الصبي غير صحيحة، ومنها رهنه وارتهانه[5].

٣ ـ من المعقول:

إن البيع لا يصح من الصبي لأنه غير جائز التصرف، فكذا الرهن لا يصح منه قياساً على البيع[6].

---

(١) ينظر: الكيا الهراسي، أحكام القرآن (١/٣٢٦).
(٢) ينظر: الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام (٢/١٨٨).
(٣) د. صالح الهليل، توثيق الديون في الفقه الإسلامي ص:٨٦.
(٤) الحديث سبق تخريجه.
(٥) ينظر: النووي، المجموع (٩/١٦٤)؛ والسيوطي، الأشباه والنظائر ص:٢٤٢؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٨٧.
(٦) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/٤٠٣).

• مناقشة الأدلة والترجيح:

أ ـ مناقشة أدلة القول الثاني:

إن الصبي المميز فاقد لأهلية التصرف، ومن ثم فإن ما يجريه من معاملات دون إذن من وليِّه تعد غير صحيحة وليست بملزمة، وهذا ما استفيد مما عرضه أصحاب القول الثاني من أدلة.

لكن الذي يدعو للنظر أن الصبي المميز قد يقوم بتصرفات يصحبها إذن وإشراف من الولي، فما المانع الشرعي من القول بصحة تلك التصرفات؟.

الظاهر أنه ليس هناك ما يمنع لا شرعاً ولا عقلاً من إجازة تصرفات المميز المأذون له فيها، يؤيد ذلك أن الولي مأمور من جهة الشرع بأن يختبر الصبي ليتأكد من مدى إحسانه التصرف وتقديره للأشياء. قال الله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ...﴾ [النساء: ٦].

وعليه فلو كان الحكم بالبطلان يطال جميع تصرفات الصبي المميز مهما كان نوعها؛ فإن الباب يظل موصداً ولا نجد وجها لتعليمه وتدريبه على حسن التصرف في الأموال، وكذا اختبار مدى قدرته على حسن التعامل وتقدير الأشياء؛ ذلك لأن الناس يتحاشون التعامل المالي معه لأنهم يعرفون مسبقاً أن تلك التصرفات لا تقع صحيحة. ومن هنا لا نجد وسيلة لإعمال مقتضى الآية القرآنية الآنفة الذكر، إلا بتقرير صحة تصرفات الصبي المميز التي تقع تحت رقابة وإشراف الولي(١).

(١) د.صالح الهليل، المرجع السابق ص:٨٨.

ب ـ الترجيح:

يظهر ـ والله أعلم ـ رجحان القول الأول القاضي بصحة الرهن والارتهان من الصبي المميز المأذون له من قبل الولي. وسبب الترجيح ما يأتي:

١ ـ قوة أدلة أصحاب القول الأول وسلامتها من المعارض.

٢ ـ ظهور ضعف استدلال أصحاب القول الثاني بعد المناقشة.

٣ ـ تحصيل المنفعة المتوخاة من قبول تصرفات الصبي المميز التي تقع بإذن الولي، حتى يتسنى للصغير معرفة سبل التعامل المالي الصحيح، وكيفية تقدير الأشياء. كل ذلك بما يضمن حفظ أموال الصغير وممتلكاته(١).

٣ ـ الرشد:

ذهب عدد من الفقهاء إلى عدم صحة الرهن ولا الارتهان من السفيه، في حين قبله آخرون، وقيده طرف ثالث بشروط.

وعلى هذا فللفقهاء ثلاثة أقوال في هذه المسألة:

ـ القول الأول: يصح الرهن والارتهان من السفيه إن كان تصرفه بناء على إذن من الولي.

وذهب إلى هذا القول المالكية(٢)، وهو أحد الوجهين عند الشافعية(٣)، وهو وجه عند الحنابلة(٤).

---

(١) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٨٨ ـ ٨٩.

(٢) ينظر: الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل (١/ ٤٠٣)؛ والنفراوي، الفواكه الدواني (٢/ ١٨١)؛ ومحمد عرفة، حاشية الدسوقي (٣/ ٢٣١).

(٣) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٣٨).

(٤) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٥٢٦).

ـ **القول الثاني: يصح الرهن والارتهان من السفيه مطلقاً.**

وهذا القول لأبي حنيفة (ت١٥٠هـ)[١].

ـ **القول الثالث: لا يصح الرهن ولا الارتهان من السفيه مطلقاً، سواء أكان بإذن من الولي أم بدون إذن منه.**

وهذا القول وجه عند الشافعية[٢]، ووجه أيضاً عند الحنابلة[٣].

الأدلة:

أ ـ أدلة القول الأول:

استدل القائلون بصحة الرهن والارتهان من السفيه بإذن وليِّه بجملة من الأدلة العقلية، وأهمها ما يأتي:

١ ـ إنّ عقد البيع عقد معاوضة يملكه السفيه بإذن الولي قياساً على عقد الزواج[٤]؛ وإذا صحّ بيع السفيه صح رهنه[٥].

٢ ـ إنَّ السَّفيه عاقلٌ محجورٌ عليه، فتصحّ تصرفاته بالإذن من وليِّه، كما تصحّ تصرفات الصَّبي بإذن الوليّ مع كونه محجوراً عليه، بل إنَّ الحَجْرَ على الصَّبي أعلى من الحَجْرِ على السَّفيه[٦].

---

(١) الزيلعي، تبيين الحقائق (٥/ ١٩٢)، وقد خالف الصاحبان أبا حنيفة في هذه المسألة وذهبا إلى القول بالحجر على السفيه وعدم قبول تصرفاته. وينظر: الموصلي، الاختيار (٢/ ١٥٠)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٦/ ١٤٧).

(٢) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٣٨).

(٣) ينظر: المرداوي، الإنصاف (٥/ ١٣٩)، الإقناع (٢/ ١٥١)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٣/ ٣٢٢).

(٤) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٥٥٢).

(٥) د. صالح الهليل، توثيق الديون في الفقه الإسلامي ص: ٩١.

(٦) ينظر: ابن قدامة، المرجع السابق (٤/ ٥٢٥).

ومن هنا فصحَّة تصرفات السَّفيه أولى من صحَّة تصرفات الصَّبي إذا كان في كليهما إذنٌ من الوليّ[1].

٣ ـ إن تصرفات السفيه المأذون له إن حُكم ببطلانها، فما من سبيل إلى اختباره والتحقق من رشده واستقامة تصرفاته لتحاشي الناس التعامل معه[2].

ب ـ أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بصحة الرهن والارتهان من السفيه مطلقاً بالسُّنَّة والمعقول.

١ ـ من السُّنَّة:

حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رجلاً ذكر للنبي ﷺ أنه يخدع في البيوع فقال: «**إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ: لا خِلابَةَ**»[3].

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن الرسول ﷺ لم يقض بالحَجْر على الرّجل الذي يغبن الناس في البيوع، ولو كان الحجر مشروعاً في مثل هذه الحال لحكم النبي ﷺ بالحجر عليه. فلما لم يثبت ذلك دلّ على أن البالغ لا يحجر عليه، بل له التصرف في ماله بالبيع ونحوه[4].

٢ ـ من المعقول:

ـ إنَّ السفيه مكلَّف لكونه بالغاً عاقلاً كامل العقل، ومن ثم لا يحجر عليه قياساً على الرشيد[5].

---

(١) ينظر: ابن قدامة، المرجع نفسه (٤/ ٥٢٦).

(٢) ينظر: ابن قدامة، المرجع نفسه (٤/ ٥٢٦)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٩١.

(٣) أخرجه الشيخان: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع (٢/ ٧٤٥)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب البيع، باب من يخدع في البيع (٣/ ١١٦٥).

(٤) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق (٥/ ١٩٤)، د. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٩٣.

(٥) ينظر: الزيلعي، المرجع نفسه (٥/ ١٩٣)، د. صالح الهليل، المرجع نفسه.

- إن القول بالحجر على السفيه فيه إهدار لكرامته وإنسانيته، وإلحاق له بالبهائم، مع الأخذ بعين الاعتبار أن الضرر المترتب على الحجر أعظم من الضرر المترتب على التبذير، ولا يحتمل الأعلى لدفع الأدنى، بل العكس هو الصواب. ولو كان في الحجر على السفيه دفعٌ لضرر عام حُجر عليه عند ذلك؛ كالحجر على الطبيب الجاهل لأن ضرره عام على المجتمع[1].

جـ - أدلة القول الثالث:

استدل القائلون بعدم قبول الرهن والارتهان من السفيه مطلقاً بالكتاب والمعقول.

١ - من الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ...﴾ [النساء: ٦].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أنها بيّنت أنّ دفع الأموال إلى الأيتام لا يكون إلا إذا اجتمع فيهم أمران وهما البلوغ والرشد. ومفهوم ذلك أن توفر أحد الأمرين دون الآخر لا يجيز دفع المال إليهم، وإذا لم يدفع إليهم المال مع وجود البلوغ فذلك دليل على أنه محجور عليهم[2]. والمحجور عليه لا تصح تصرفاته والتي منها الرهن والارتهان[3].

٢ - من المعقول:

إنّ الحكم على السفيه إنما كان لسوء تصرفه وعدم معرفته لقيم

---

(١) ينظر: الزيلعي، المرجع السابق (٥/ ١٩٣)؛ ود. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٩٤.

(٢) ينظر: الشافعي، الأم (٣/ ٢٢).

(٣) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٩٥.

الأشياء، فإذا سايره وليّه في ذلك وأذن له فإنه بذلك يكون قد أذن له فيما لا مصلحة فيه، ومن ثم لا تُقبل تصرفاته بأي وجه كانت[1].

• مناقشة الأدلة والترجيح:

أ ـ مناقشة أدلة القول الثاني:

ـ إن الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنهما على أن السفيه لا يحجر عليه غير موفق، بل إن الحديث يدل على العكس، ذلك أن أهل الرجل البائع التمسوا من النبي ﷺ أن يحكم بالحجر عليه، فلم ينكر ﷺ عليهم بل أقرهم على طلبهم، فدل ذلك على أن السفيه يحجر عليه. كل ما في الأمر أن الرسول ﷺ ترك الحجر على الرجل لشفقة عليه؛ لأنه قال لا أصبر على البيع[2].

ـ أما القول بقياس السفيه على الرشيد، فإنه قياس مع الفارق، ذلك أن السفيه قليل المعرفة سيئ التصرف مع كونه بالغاً. بخلاف الرشيد الذي هو كامل العقل، عارف لقيم الأشياء، ومدرك لقيمة المال فلا يصرفه إلا في الوجوه التي تستحق، ومن ثم لا يمكن إجراء القياس بين الحالين[3].

ـ إنَّ القول بأن الحجر على السفيه فيه إهدار لكرامته وإنسانيته، والضرر فيه أعظم من الضرر المترتب على التبذير ونحو ذلك، يمكن الردّ عليه من وجهين:

الأول: إن الحجر على السفيه قد دلت عليه السُّنَّة كما سبق بيانه.

---

(١) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/٥٢٦).

(٢) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق (٥/١٩٩)؛ د. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٩٣.

(٣) د. صالح الهليل، المرجع نفسه ص: ٩٤.

الثاني: ليس في الحجر على السفيه أيّ نوع من الإهانة والإساءة لكرامة المحجور عليه، كل ما في الأمر أنّ هذا التدبير هو الأصلح تحقيقاً لمصلحته لئلا تذهب أمواله فيما لا طائل تحته، ومن ثم يكون عالة على غيره(١). وواجب حفظ المال يؤكد هذا الإجراء أكثر ويدعمه.

ب ـ مناقشة أدلة القول الثالث:

إن الأدلة التي استند إليها أصحاب القول الثالث لا شك في إفادتها منع السفيه من التصرف في الأموال، لكن تصرفه بإذن الولي لا ينافي الحجر عليه، ذلك أن الولي هو الذي يملك الحكم على تلك التصرفات، والواجب أنه لا يأذن له إلا بعد ظهور علامات الفهم والإدراك وحسن التصرف؛ ومن ثم لا وجه للقول بأن إذن الولي وارد فيما لا مصلحة فيه، بل هو عين المصلحة، إذ مصلحة السفيه تتطلب اختباره، ولا يتحقق ذلك إلا بإذن الولي له في التصرف(٢).

جـ ـ الترجيح:

يظهر من خلال عرض الأقوال وأدلتها، وبعد المناقشة، رُجحان القول الأول، الذي يقضي بصحة تصرفات السفيه في الرهن والارتهان، بشرط أن يكون مأذوناً له من قبل الولي.

وسبب هذا الترجيح ما يأتي:

١ ـ قوة الأدلة وسلامتها من المعارض.

٢ ـ إمكانية الجمع بين أدلة المانعين وأدلة المجيزين لتصرفات السفيه من خلال الاختيار الوسط بعدم المنع مطلقاً أو الجواز مطلقاً، وتعليق ذلك بإجازة الولي لتلك التصرفات؛ حيث يكون المنع عند عدم الإذن من الولي، والجواز عند توفر الإذن للسفيه بالتصرف.

---

(١) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ٩٥ ـ ٩٦.

(٢) المرجع نفسه.

٣ ـ مراعاة واجب المحافظة على المصالح المالية للسفيه يقتضي تعليق تصرفاته بإذن الولي.

٤ ـ الاختيار:

وقد اختلف الفقهاء بشأن صحة رهن وارتهان المكره، بناء على اختلافهم في صحة تصرفات المكره. **ولهم في المسألة ثلاثة أقوال:**

ـ القول الأول: إن تصرفات المكره لا تنعقد، ومنها رهنه وارتهانه.

وذهب إلى هذا القول الشافعية[(١)]، والحنابلة[(٢)].

ـ القول الثاني: إن صحة رهن المكره وارتهانه يتوقف على إجازته عند زوال الإكراه عنه، مثله مثل بيعه؛ فهو تصرف صحيح إلا أنه لا يلزم إلا بإجازة المكره.

وهذا القول للمالكية[(٣)]، وزفر (ت١٥٨هـ) من الحنفية[(٤)].

ـ القول الثالث: إن الرهن مع الإكراه فاسد، فإن حصل القبض فيثبت به الملك.

وهذا مذهب الحنفية بناء على حكم تصرفات المكره في البيع عندهم[(٥)]، إذ الرهن تابع للبيع[(٦)].

---

(١) ينظر: الرملي، نهاية المحتاج (٤/ ٢٣٦).

(٢) ينظر: البهوتي، كشاف القناع (٣/ ١٥٠، ٣٢٢).

(٣) ينظر: محمد عرفة، حاشية الدسوقي (٣/ ٦، ٣٣١).

(٤) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق (٥/ ١٨٢)؛ والكاساني، بدائع الصنائع (٥/ ٢٥٥)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ١٣٠).

(٥) ينظر: الكاساني، المرجع نفسه (٧/ ١٨٦)؛ وابن عابدين، المرجع نفسه (٥/ ١٣٠).

(٦) د. صالح الهليل، توثيق الديون في الفقه الإسلامي ص: ٩٧.

الأدلة:

أ ـ أدلة القول الأول:

استدل القائلون بعدم انعقاد رهن وارتهان المكره بالكتاب والسُّنَّة.

١ ـ من الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ...﴾ [النساء: ٢٩].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أنها حرّمت أكل أموال الناس بالباطل، واستثنت التبادل التجاري المقترن بالرضا، مما يدل على اشتراط الرضا في صحة التعامل؛ فإن وقع إكراه فالتصرف باطل(١).

٢ ـ من السُّنَّة:

حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**إِنَّ الله تَجَاوَزَ لِي عَنْ أُمَّتِي الخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ**»(٢).

ووجه الدلالة من الحديث أن المكره غير مؤاخذ في تصرفاته ولا يترتب عليها أي حكم، لكونها صادرة في حالة عدم الرضا، وعليه فتصرفات المكره باطلة لافتقادها شرط صحة التصرفات وهو الرضا(٣).

---

(١) ابن العربي، أحكام القرآن (١/ ٤١١).

(٢) الحديث أخرجه: ابن ماجه، السنن، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي (١/ ٦٥٩)؛ والبيهقي، السنن الكبرى (٧/ ٣٥٦)؛ والحاكم، المستدرك (٢/ ١٩٨) وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه؛ قال بن رجب: وهذا إسناد صحيح في ظاهر الأمر ورواته كلهم محتج بهم في الصحيحين... ولكن له علة وقد أنكره الإمام أحمد جداً وقال: ليس يروى فيه إلا عن الحسن عن النبي ﷺ مرسلاً. (ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم ص: ٢٧٠ ـ ٢٧١. وينظر: الزيلعي، نصب الراية ٢/ ٦٤ ـ ٦٥).

(٣) ابن رجب الحنبلي، المرجع نفسه ص: ٢٧٢.

ب ـ دليل القول الثاني:

استند أصحاب القول الثاني إلى القياس لإثبات صحة رهن وارتهان المكره ووقفها على حال زوال الإكراه؛ حيث قاسوا تصرفات المكره على تصرفات الفضولي؛ ذلك أن الإكراه يسلب الرضا، فالمانع من صحة تصرفات المكره زوال رضاه فإذا زال الإكراه وأجاز المكره تصرفاته حال الإكراه صحَّت لزوال المانع كما هو الحال في تصرفات الفضولي التي تصح بإجازة المالك وإذنه[1].

جـ ـ دليل القول الثالث:

استند أصحاب القول الثالث إلى دليل عقلي في معرض حكمهم بفساد الرهن مع الإكراه قبل القبض، وثبوت الملك به بعد القبض؛ حيث ذهبوا إلى القول بأن الإكراه لا يمنع انعقاد أصل البيع؛ لأنه وجد ما ينعقد به من الإيجاب والقبول، وصدر من أهله على محلّه القابل له؛ فلا مانع من صحة العقد حينئذ، ولكن امتنع نفوذه لانعدام تمام الرضا بسبب الإكراه، فإذا زال الإكراه، وأجاز تصرفه السابق فقد تم رضاه به فينفذ حينئذ[2].

• مناقشة الأدلة والترجيح:

أ ـ مناقشة دليل القول الثاني:

إن قياس مسألة تصرفات المكره على مسألة تصرفات الفضولي غير مقبولة، ذلك أن المسألتين مختلف فيهما، ومن ثم يتعذر قياس المسائل المختلف فيها على بعضها[3].

---

(١) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٥/ ٢٥٥)؛ والزيلعي، تبيين الحقائق (٥/ ١٨٢).

(٢) ينظر: السرخسي، المبسوط (٢٤/ ٩٣)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ١٣١).

(٣) د. صالح الهليل، توثيق الديون في الفقه الإسلامي ص: ١٠٠.

ب ـ مناقشة دليل القول الثالث:

إن الدليل المستند إليه يظهر أن تصرفات المكره صحيحة وفاسدة. وهذا اصطلاح خاص غير مسلَّم به لدى جميع الفقهاء، إذ الفاسد والباطل سواء عند الجمهور، وكلاهما نقيض الصحيح. ومن ثم فتصرفات المكره باطلة، والاصطلاح المخالف غير ملزم لعدم التسليم به[1].

جـ ـ الترجيح:

يظهر من خلال عرض الأدلة والمناقشة أن القول الراجح هو الأول القاضي ببطلان رهن وارتهان المكره، وسبب الترجيح ما يأتي:

١ ـ قوة الأدلة وسلامتها من المعارض.

٢ ـ ظهور ضعف ما استدل به أصحاب القول الثاني والثالث بعد العرض والمناقشة، كما أن تلك الأدلة عقلية لا تقوى على معارضة النصوص.

٣ ـ احترام كرامة الإنسان بعدم الاعتداء على حريته، ومن ثم الحرص على إبعاد كل مظاهر الإكراه والقهر؛ إذ لا قيمة لتصرفات المكره[2].

ثانياً: شروط المرهون

القاعدة العامة عند أكثر الفقهاء، أن ما لا يصح بيعه لا يصح رهنه؛ لأن مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه، وما لا يجوز بيعه لا يمكن ذلك فيه[3].

---

(١) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص:١٠١؛ وينظر: الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام (١/ ١٣١).

(٢) د. صالح الهليل، المرجع نفسه.

(٣) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٤ ـ ٢٠٥)؛ وعلي حيدر، درر الحكام، =

لكن المذاهب اختلفت فيما يجوز بيعه؛ ومن ثم لا بد من بيان الشروط الواجب توفرها في المرهون، وهي كالآتي:

١ ـ العينية:

وهي أن يكون المرهون عيناً، فلا يصح رهن الدين، **وقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط على قولين:**

ـ القول الأول: لا يصح رهن الدين.

وهذا القول وجه عند الشافعية[١]، ورواية عند الحنابلة[٢].

ـ القول الثاني: يصح رهن الدين.

وذهب إلى هذا القول المالكية[٣]، وهو وجه عند الشافعية[٤]، والرواية الثانية عند الحنابلة[٥].

= (٢/ ٧٩) المادة (٧٠٩) من المجلة؛ وابن عبد البر، الكافي ص: ٤١٠؛ ومحمد عرفة، حاشية الدسوقي (٣/ ٢٣٠)؛ والشيرازي، المهذب (١/ ٤٠٦)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ١٢٢)؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٣٧٤)؛ وابن حزم، المحلى ٨/ ٨٩)؛ ود. الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي (ط: ٢؛ جدة: مجموعة دلة البركة، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٥م) ص: ٥٥٣.

(١) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٠٧)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٣/ ٢٣٨).

(٢) ينظر: البهوتي، كشاف القناع (٣/ ٣٠٧)؛ والرحيباني، مطالب أولي النهى (٣/ ٢٥٣).

(٣) ينظر: ابن جزي، القوانين الفقهية ص: ٣٥١؛ ومحمد عرفة، حاشية الدسوقي (٣/ ٢٠٣).

(٤) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٠٧)؛ والغزالي، الوجيز (١/ ٩٦).

(٥) ينظر: المرداوي، الإنصاف (٥/ ١٣٧)؛ والرحيباني، مطالب أولي النهى (٣/ ٢٥٣).



أ ـ دليل القول الأول:

إن رهن الدين فيه غرر من غير حاجة، ووجه الغرر أن الدين ثابت في الذمة، وعليه فليس من المؤكد إعطاء الراهن شيئاً عند الاحتياج، وإن الغرر مانع من صحة العقد[1].

ب ـ دليل القول الثاني:

استدل المجيزون لرهن الدين بالقياس؛ حيث قاسوا الرهن على البيع، فكما أن الدين يجوز بيعه فيجوز رهنه[2].

• المناقشة والترجيح:

أ ـ مناقشة استدلال أصحاب القول الثاني:

إن مسألة بيع الدين مختلف فيها، وعليه لا يستقيم القياس عليها، ومن ثم لا يصح قياس رهن الدين على بيعه[3].

ب ـ الترجيح:

الظاهر أن القول الأول هو الراجح في المسألة، فلا يصح رهن الدين. والذي دعا إلى هذا الترجيح أمران:

١ ـ قوة دليل أصحاب القول الأول، وظهور ضعف استدلال المخالفين.

٢ ـ إن رهن الدين لا يحقق التوثيق المطلوب في عقد الرهن، نظراً لكونه يقابل ما في الذمة بما في الذمة، وهذه المقابلة لا تحقق المقصود

---

(١) ينظر: الشيرازي، المرجع السابق (١/٤٠٧)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/١٢٢).

(٢) ينظر: الشيرازي، المرجع نفسه.

(٣) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:١٠٩.

من الرهن وهو الاستيفاء من ثمن الرهن عند تعذر الوفاء من المدين[1].

٢ ـ القابلية للبيع:

وهو أن يكون المرهون مما يمكن بيعه، فلا يجوز رهن الإنسان الحر، أو الوقف ونحوهما[2]، كما يجب أن يكون المرهون معلوماً[3]، ومقدوراً على تسليمه[4].

وقد صرّح باشتراط قابلية المرهون للبيع: الحنفية[5]، والشافعية[6]، والحنابلة[7].

ويستند هذا الشرط إلى كون المقصود من توثيق الدين بالرهن هو الاستيفاء عند تعذره من المدين. وهذا لا يتحقق إذا كان المرهون مما لا يجوز بيعه[8].

هذا، وقد استثنى الفقهاء من الحكم السابق جملة أشياء أجازوا رهنها مع أنه لا يجوز بيعها، وأهمها:

---

(١) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص:١٠٩.

(٢) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٤)؛ والشيرازي، المهذب (١/ ٤٠٦)؛ وابن قدامة، الكافي (٢/ ١٣٩).

(٣) ينظر: ابن مفلح، المبدع (٤/ ٢١٤)؛ والحجاوي، الإقناع (٢/ ١٥١)؛ والرحيباني، مطالب أولي النهى (٣/ ٢٥٨).

(٤) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٤)؛ والدردير، الشرح الكبير (٣/ ٢٣١)؛ والشيرازي، المهذب (١/ ٤٠٦)؛ وابن قدامة، الكافي (٢/ ١٣٩)؛ وأبو النجا الحجاوي، الإقناع (٢/ ٢٣).

(٥) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٤).

(٦) ينظر: الغزالي، الوجيز (١/ ٩٦)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٤/ ٢٣٨).

(٧) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٣٨٤)؛ والكافي (٢/ ١٣٦).

(٨) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٠٦)؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٣٧٤)؛ ود. الصديق الضرير، الغرر وأثره في العقود ص:٥٥٣.

أ ـ ما فيه غرر يسير؛ كالبعير الشارد ونحوه. وذهب إلى هذا الاستثناء المالكية[1]، استناداً إلى أن الرهن عقد جائز فيجوز تركه من أصله. فإذا كان التعامل بالدين يصح بلا رهن، فالتعامل بالدين مع الرهن المشتمل على غرر يسير أولى من التعامل بالدين بلا رهن، وعلى أي حال فوجود شيء يوثق به في الجملة خير من لا شيء[2].

ب ـ الثمرة قبل بدو صلاحها، والزرع الأخضر من غير شرط القطع، فإنه يجوز رهنهما مع أنه لا يصح بيعهما بدون شرط القطع في الحال[3]. وذهب إلى هذا الاستثناء المالكية[4]، والشافعية في الأصح عندهم[5]، والحنابلة في أحد الوجهين عندهم[6]، وهو المذهب على ما قاله في «الإنصاف»[7].

والذي دعا إلى الاستثناء في جواز رهن الثمرة قبل بدو صلاحها أن المنع من ذلك يستند إلى الخوف من الهلاك بالعاهة فيذهب الثمن بدون مقابل فيعظم الغرر. وإن هذه العلة المانعة من البيع غير موجودة في الرهن؛ نظراً لأن الدين المرهون فيه إما أن يكون حالاً ومقتضى عقد الرهن فيه بيع الثمرة والزرع في الحال ولا وجهه للقول بالهلاك بالعاهة فيها. وإما أن يكون الدين المرهون فيه مؤجلاً، فإذا حصل وأن هلك

---

(١) ينظر: ابن عبد البر، الكافي ص:٤١٠؛ والباجي، المنتقى (٥/ ٢٤١)؛ وابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٢٧٢).
(٢) ينظر: الدردير، الشرح الصغير (٢/ ١٠١)؛ والشرح الكبير (٣/ ٢٣٢).
(٣) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:١١١.
(٤) ينظر: مالك بن أنس، المدونة (٥/ ٣٠٠)؛ وابن عبد البر، الكافي ص:٤١٠؛ وابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٢٧٢).
(٥) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٠٨)؛ والغزالي، الوجيز (١/ ٩٦).
(٦) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٣٧٩ ـ ٣٨٠)؛ وابن مفلح، الفروع (٤/ ٢١١).
(٧) ينظر: المرداوي، الإنصاف (٥/ ١٤٥).

المرهون بطلت الوثيقة وبقي الدين على حاله وليس هناك أي ضرر[1]؛ وعليه فالغرر في رهن الثمرة والزرع الأخضر يسير فلا مانع منه[2].

يقول د. الصديق محمد الأمين الضرير: «... الغرر يؤثر في الرهن، كما يؤثر في البيع عند جمهور الفقهاء، أما عند المالكية فتأثير الغرر على الرهن أخف بكثير من تأثيره على البيع، إذ لا يؤثر في صحة الرهن عندهم إلا الغرر المتفاحش، ورأي المالكية أرجح عندي؛ لأن ترك الرهن من أصله جائز، فشيء في الجملة خير من لا شيء، كما يقول المالكية، ولأن المرتهن، وهو صاحب الحق قد رضي بذلك»[3].

هذا، وقد أخذ التقنين المدني الجزائري بشرط القابلية للبيع حيث أورد في المادة (٨٨٦) منه: «يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني، وأن يكون معيناً تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه». كما أورد في المادة (٩٤٩): «لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار».

٣ ـ الانفصال والتميز:

ذهب الحنفية[4] إلى منع رهن ما كان متصلاً بغيره، وما كان غير متميز مثل[5]: رهن الثمار على رؤوس النخل دون دخول النخل في

---

(١) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٠٨).

(٢) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٣٨٠).

(٣) د. الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي ص: ٥٥٥.

(٤) ينظر: الطحاوي، مختصر الطحاوي ص: ٩٢؛ والقدوري، الكتاب (٤/ ٤١)؛ والكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢١١).

(٥) ينظر: المرغيناني، الهداية (٤/ ١٣٢)؛ والبابرتي، العناية على الهداية (٨/ ٢٠٣ ـ ٢٠٤).

الرهن، أو العكس، أو رهن المزروعات في الأرض دون دخول الأرض في الرهن، أو العكس، أو رهن المشاع سواء كان مما يمكن تقسيمه، أو مما لا يقسم.

هذا، وقد سبق ذكر مذهب المالكية والشافعية والحنابلة، وأنهم يجيزون رهن الزرع الأخضر، والثمرة قبل بدو صلاحها. وهذا يفيد أنهم لا يشترطون هذا الشرط خلافاً للحنفية(١).

وعلى هذا اختلف الفقهاء في رهن المشاع على قولين:

- **القول الأول: صحة رهن المشاع.**

وهذا مذهب المالكية(٢)، والشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

- **القول الثاني: عدم صحة رهن المشاع.**

وهذا مذهب الحنفية(٥).



أ ـ دليل القول الأول:

استدل القائلون بصحة رهن المشاع بالقياس على البيع؛ إذ يجوز بيع المشاع فيجوز رهنه(٦).

---

(١) د. صالح الهليل، توثيق الديون في الفقه الإسلامي ص:١١٣.

(٢) ينظر: مالك، المدونة (٥/٢٩٦)؛ وابن عبد البر، الكافي ص:٤١٠ـ ٤١١؛ وابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٢٧٣)؛ وابن جزي، القوانين الفقهية ص:٣٥١.

(٣) ينظر: الشافعي، الأم (٣/ ١٩٤)؛ والشيرازي، المهذب (١/ ٤٠٧)؛ وزكريا الأنصاري، أسنى المطالب (٢/ ١٤٤ ـ ١٤٥).

(٤) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٣٧٤)؛ وابن الجوزي، المذهب الأحمد ص:٦١؛ وابن تيمية الجد، المحرر في الفقه (١/ ٣٣٥).

(٥) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٨)؛ والمرغيناني، الهداية (٤/ ١٣٢)؛ وابن نجيم، الأشباه والنظائر ص:٢٨٨.

(٦) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٠٧)؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٣٧٤).

ب ـ دليل القول الثاني:

استدل المانعون من صحة رهن المشاع بدليل عقلي مفاده أن حكم الرهن بثبوت يد الاستيفاء، ومقصود عقده الحبس الدائم. وهذان الأمران لا يتحققان في المشاع، إذ لا بد فيه من المهايأة، وهي التناوب بين المالك والمرتهن؛ حيث ينتفع به المالك يوماً بحكم الملك، ويحفظه المرتهن يوماً بحكم الرهن؛ فرهنه هذا بمنزلة قوله: رهنتك يوماً ويوماً لا؛ وعلى هذا فلا يصح رهن المشاع لكون حكم الرهن ومقصوده غير متحققين[1].

• المناقشة والترجيح:

أ ـ مناقشة دليل القول الثاني:

اعترض الجمهور على ما استدل به الحنفية، وقالوا: بأن مقصود عقد الرَّهن إنما هو استيفاء الدَّين من ثمنه عند تعذره من غيره، وليس المقصود هو الحبس الدائم. وإن المشاع قابل للاستيفاء منه لأنه لا مانع من بيعه بالاتفاق[2].

والظاهر أن الخلاف في المسألة يرجع إلى الخلاف في إمكان حيازة المشاع وقبضه[3]؛ فمن رأى أن حيازة المشاع ممكنة قال بجواز رهنه، ومن رأى أن حيازته غير ممكنة منع رهنه[4].

ب ـ الترجيح:

يظهر ـ والله أعلم ـ رجحان ما ذهب إليه الجمهور من صحة رهن

---

(١) ينظر: السرخسي، المبسوط (١١/ ٢١/ ٦٩)؛ والكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٩)؛ والمرغيناني، الهداية (٤/ ١٣٢).

(٢) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٣٧٤).

(٣) ينظر: ابن رشد، المرجع السابق (٢/ ٢٧٣).

(٤) د. صالح الهليل، توثيق الديون في الفقه الإسلامي ص: ١١٤.

المشاع؛ ذلك أن المشاع متفق على صحة بيعه، والبيع أقوى أثراً من الرَّهن، نظراً لما يترتب عنه من انتقال الملكية، وهي أقوى من مجرد الحبس حتى الوفاء، وهو مقصود عقد الرَّهن. وعلى هذا يصح رهن المشاع من باب أولى(١).

٤ ـ القبض:

القبض هو حيازة الشيء والتمكن منه، سواء أكان مما يمكن تناوله باليد أم لم يكن(٢)، وقد اتفق الفقهاء على أن قبض العقار يكون بالتخلية والتمكين من اليد والتصرف(٣). أما قبض المنقول فذهب الجمهور(٤) إلى أن ما يتناول باليد عادة يقبض بالتناول باليد، وما يعتبر فيه التقدير بالكيل أو الوزن أو العدِّ يكون القبض فيه باستيفائه بما يقدَّر فيه من كيل أو وزن أو عدٍّ. أما ما لا يعتبر فيه التقدير بالكيل، أو الوزن، أو العدِّ فيرجع فيه

---

(١) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ١١٥.

(٢) ينظر: ابن جزي، القوانين الفقهية ص: ٣٢٩؛ والتسولي، البهجة شرح التحفة (١/ ١٦٨)؛ ود. نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص: ٢٢٢.

(٣) ينظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار (٤/ ٥٦١)؛ وعلي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٢١٦) المادة (٢٦٣) من المجلة؛ ومحمد قدري باشا، مرشد الحيران، المادة: ٤٣٥، ص: ١٠٩؛ والحطاب، مواهب الجليل (٤/ ٤٧٧)؛ والنووي، المجموع (٩/ ٢٧٦)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ٧١)؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٣٣٢)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٣/ ٢٠٣)؛ وابن حزم، المحلى (٨/ ٨٩).

(٤) ينظر: النووي، المجموع (٩/ ٢٧٦)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ٧٢ـ ٧٣)؛ وأحمد بن إدريس القرافي ت٦٨٤هـ، الذخيرة، تحقيق: د. محمد حجي ج٥ (ط: ١؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٤م) ص: ١٢٠؛ والدردير، الشرح الكبير (٣/ ١٤٤)، وابن قدامة، المغني (٤/ ٣٣٢)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٣/ ٢٠١ ـ ٢٠٢).

إلى العرف عند المالكية[1]، واختار الشافعية[2]، والحنابلة[3]، أن قبضه يكون بالنقل والتحويل.

وذهب الحنفية[4] إلى أن قبض المنقول يكون بالتناول باليد، أو بالتخلية على وجه التمكين. في حين اختار الظاهرية[5] في قبض المنقول نقله وتحويله من قبل القابض إلى نفسه.

هذا، **واختلف الفقهاء في تمام الرهن بمجرد الإيجاب والقبول، أم أنه يشترط لانعقاده كون المرهون مقبوضاً. ولهم في المسألة قولان:**

ـ القول الأول: لا يعتبر قبض المرهون شرطاً، وإنما يلزم عقد الرهن بمجرد الإيجاب والقبول.

وذهب إلى هذا القول المالكية[6]، وهو رواية عند الحنابلة[7]، إلا أن المالكية جعلوا القبض شرطاً لاختصاص المرتهن به دون سائر الغرماء[8]، أما رواية الحنابلة ففيها تقييد بكون المرهون معيناً بالذات[9].

---

(١) ينظر: الباجي، المنتقى (٦/ ٩٧)؛ والخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل (٥/ ١٥٨)؛ والدردير، الشرح الكبير (٣/ ١٤٥).

(٢) ينظر: الشربيني، مغني المحتاج (٢/ ٧٢).

(٣) ينظر: البهوتي، كشاف القناع (٣/ ـ ٢٠٢).

(٤) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٢٢٠ ـ ٢٢٣) المواد (٢٧٢)، (٢٧٣)، (٢٧٤)، (٢٧٥) من المجلة؛ ومحمد قدري باشا، مرشد الحيران، المادة (٤٣٧)، و(٤٣٨) ص: ١١٠.

(٥) ينظر: ابن حزم، المحلى (٨/ ٨٩)

(٦) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٢٧٤)؛ والدردير، الشرح الصغير (٢/ ١٠١).

(٧) ينظر: المرداوي، الإنصاف (٥/ ١٥٠).

(٨) ينظر: الباجي، المنتقى شرح الموطأ (٥/ ٢٤٨)؛ وابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٢٣٠)؛ وابن جزي، القوانين الفقهية ص: ٣٥٢؛ والحطاب، مواهب الجليل (٥/ ٣).

(٩) ينظر: المرداوي، الإنصاف (٥/ ١٥٠).

ـ **القول الثاني: إنَّ قبْض المرهون شرطٌ للزوم عقد الرهن.**

وذهب إلى هذا القول: الحنفية[1]، والشافعية[2]، وهو المذهب عند الحنابلة[3]، وهو مذهب الظاهرية[4].

الأدلة:

أ ـ أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بالكتاب والمعقول، لإثبات عدم اشتراط القبض في لزوم الرهن.

١ ـ من الكتاب:

ـ قال الله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا۟ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ...﴾ [البقرة: ٢٨٣].

ووجه الدلالة من الآية على المطلوب من ناحيتين[5]:

الأولى: قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ إثبات المعاملة رهناً قبل القبض.

---

(١) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٧)؛ والموصلي، الاختيار (٢/ ٩٧)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٣٠٨)؛ والزيلعي، تبيين الحقائق (٦/ ٦٣)؛ وعلي حيدر، درر الحكام، المادة: ٧٠٦ (٢/ ٦٦)، محمد قدري باشا، مرشد الحيران، المادة: ٩٧٨ ص: ٢٥٧.

(٢) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٠٣)؛ والسيوطي، الأشباه والنظائر ص: ٢٨٠؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ١٢٨).

(٣) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٣٦٤)؛ وابن تيمية الجد، المحرر في الفقه (١/ ٣٣٥)؛ وابن مفلح، المبدع (٤/ ٢١٩)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٣/ ٣١٧)؛ وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٣٢).

(٤) ينظر: ابن حزم، المحلى (٨/ ٤٨١).

(٥) ينظر: الباجي، المنتقى شرح الموطأ (٥/ ٢٤٨).

والثانية: قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ أمر؛ لأنه لو كان خبراً لم يصح أن يوجد رهن غير مقبوض؛ ذلك أن قولهم: إن الراهن لو أصيب بجنون أو إغماء، ثم أفاق فسلّم المرهون فإنه يصحّ، ومن ثم يثبت أن المراد في الآية الأمر.

٢ ـ من المعقول:

القياس على عقد البيع؛ ذلك أن عقد الرهن مثل بقية العقود التي يثبت لزومها بمجرد إظهار القبول، وإن لم يتم القبض كما في البيع[(١)].

ب ـ أدلة القول الثاني:

استدل المشترطون لقبض المرهون بالكتاب والمعقول.

١ ـ من الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ...﴾ [البقرة: ٢٨٣].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن في قوله تعالى: ﴿مَّقْبُوضَةٌ﴾ دليل على اعتبار القبض في لزوم الرهن، فإنه ما لم يقبض لا يظهر وجه للتوثق به؛ إذ لا فائدة من وجود رهن ليس في حوزة المرتهن[(٢)]. وعلى هذا فالآية أوضحت مشروعية الرهن بصفة معينة وهي القبض؛ فلا يجوز الرهن إلا مقبوضاً، فلو أجيز الرهن بمعزل عن القبض لكان ذكر القبض في الآية عارياً عن الفائدة وهذا محال في كلام الله تعالى[(٣)].

وذكر الجصاص (٣٧٠هـ) أن قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ عطف على ما تقدم من قوله: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ...﴾، فلما كان استيفاء العدد

---

(١) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٢٧٤)؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٣٦٤).
(٢) ينظر: ابن الجوزي، زاد المسير (١/ ٣٤٢)؛ وابن قدامة، المغني (٦/ ٤٤٦).
(٣) ينظر: الشافعي، الأم (٣/ ١٣٩)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ١٢٨).

المذكور والصفة المشروطة للشهود واجباً وجب أن يكون كذلك حكم الرهن فيما شرط من الصفة، فلا يصح إلا عليها كما لا تصح شهادة الشهود إلا على الأوصاف المذكورة إذا كان ابتداء الخطاب توجه إليهم بصيغة الأمر المقتضي للإيجاب(١).

٢ ـ من المعقول:

إن عقد الرهن في حقيقته عقد إرفاق مثله مثل الهبة والقرض، ومن ثم فهو مفتقر إلى القبول والقبض، فلا يكون لازماً إلا بالقبض(٢).

• مناقشة الأدلة والترجيح:

أ ـ مناقشة أدلة القول الأول:

ـ يمكن أن يجاب عن الاستدلال بالآية فيما يخص الوجه الأول أن إثباتها رهاناً قبل القبض لا يلزم منه أن يكون الرهن لازماً بالعقد إذ يمكن أن يضاف إليها هذا الوصف مع القول بالصحة.

وعن الوجه الثاني بالتسليم أن الخبر بمعنى الأمر لكن لم يعمل بموجب الأمر الذي هو الوجوب واللزوم في حق نفس الرهن حيث لم يجب الرهن على المدين بالاتفاق فوجب أن يعمل به في شرطه وهو القبض، ونظير ذلك قوله ﷺ: «**الحِنْطَةُ بالحِنْطَةِ مِثْلاً بمِثْلٍ**»(٣)؛ أي:

---

(١) ينظر: الجصاص، أحكام القرآن (١/ ٥٢٣).

(٢) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٠١)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ١٢٨)؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٣٦٤)؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ١١٩.

(٣) حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**لا تبايعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق إلا وزناً بوزن ولا التمر بالتمر ولا الحنطة بالحنطة ولا الشعير بالشعير ولا الملح بالملح إلا سواء بسواء عيناً بعين فمن زاد أو إزداد فقد أربى ولكن بيعوا الذهب بالورق والحنطة بالشعير والتمر بالملح يداً بيد كيف شئتم**» (الطحاوي، شرح معاني الآثار ٤/ ٤)، وحديث أبي هريرة رضي الله عنه =

بيعوا، فلم يعمل الأمر في نفس البيع لأن البيع مباح غير واجب، فصرف إلى شرطه وهو المماثلة فيما يجري فيه الربا[1].

ـ أما الاستناد إلى القياس على البيع فإنه قياس مع الفارق؛ ذلك أن عقد البيع للتجارة، وعقد الرهن للإرفاق[2].

ب ـ مناقشة أدلة القول الثاني:

ـ يمكن أن يناقش الاستدلال بالآية بأن موضوع الخلاف ليس أنه لا يكون رهناً بالفعل إلا بما ذكر الله تعالى من القبض، وإنما موضوعه أنه يلزم المدين بمقتضى العقد أن يسلم ما اتفق عليه أن يكون رهناً إلى الدائن، ليكون وثيقة بالدين، وهذا هو المفهوم من كون الآية خبراً بمعنى الأمر، إذ التقدير: إذا اتفق المدين مع الدائن على رهن في الدين لزمه أن يقبضه إياه.

وعلى هذا فالآية الكريمة المحتج بها لم تنف الرهن الذي لم يقبض، كل ما في الأمر أن الآية تفيد أن الرهن المقبوض أزيد وثيقة لصاحب الحق، فإن الله تعالى ذكر للناس أعلى الحالات التي يوثقون بها حقوقهم ومنها الرهون المقبوضة. وعلى هذا فالآية بينت أن القبض أكمل وأسلم في المحافظة على الحق، فلو حصل التراضي بين المتداينين على ترك الرهن من أساسه فإن العقد لا يتأثر لكون التوثيق شيئاً خارجاً عن صلب العقد[3].

= قال: قال رسول الله ﷺ: **«الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح كيلاً بكيل ووزناً بوزن فمن زاد أو أزاد فقد أربى إلا ما اختلف ألوانه»** (أحمد، المسند ٢/ ٢٣٢).

(١) اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، «الرهن» ـ مرجع سابق ـ ص: ٢٧ ـ ٢٨.

(٢) المرجع نفسه ص: ٢٩.

(٣) ابن سعدي، المختارات الجلية ص: ٨٠ ـ ٨١ بواسطة: د. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ١١٨.

أما القول بأن كل ما لا يقع إلا بأمرين لا يتم بأحدهما فهو صحيح، إلا أن عقد البيع لأجل مثلاً بشرط الرهن يتضمن أمرين؛ أولهما إلزام المدين بدفع الرهن، وهذا مبني على الشرط، وثانيهما صحة الرهن، وهي متوقفة على قبض الدائن. فتبين بهذا أنه ليس لدينا أمر واحد متوقف وقوعه على أمرين، بل لدينا أمران؛ يتعلق الأول منهما بالمدين، ويتمثل في إلزامه بالدفع بناء على الشرط، في حين يتعلق الثاني بالدائن ويتمثل في الصحة، وهي متوقفة على القبض(١).

ويمكن أن يناقش ما ذكره الجصَّاص (٣٧٠هـ) بتسليم عطف الآية الكريمة على الأمر باستشهاد شاهدين، ووجوب تنفيذ الرهن على الصفة المذكورة في الآية وهي القبض، لكن هذا يقتضي إلزام المدين بإقباضه للدائن وفاء بالشرط، وهذا محل النزاع، ولا يلزم الدائن قبضه بدليل قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ...﴾ [البقرة: ٢٨٣]، ولأنه حق له شرع للإرفاق به فمن حقه أن يتنازل عنه بل من حقه أن يتنازل عن أصل الدين، لكن إن قبضه صحّ واستوفى منه، وإن لم يقبضه بعد عرضه عليه أو تمكينه منه لم يصح، واعتبر متنازلاً عن حقه في الإرفاق(٢).

ـ أما قياس عقد الرهن على القرض أو الهبة، فإنه قياس مع الفارق؛ لأنهما من عقود التبرعات، أما عقد الرهن فمن التوثيقات فهو يفيد حبس المرهون بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذَّر استيفاؤه من الدائن؛ فالرهن بهذا الوصف حق لازم لا تبرع فيه. وعلى هذا يتعذر إجراء القياس في المسألة(٣).

---

(١) اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، «الرهن» ـ مرجع سابق ـ ص: ٢٥.
(٢) المرجع نفسه ص: ٢٦.
(٣) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ١١٩.

جـ ـ الترجيح:

يظهر ـ والله أعلم ـ رجحان القول الثاني ـ وهو قول الجمهور ـ القاضي بأن القبض شرط لزوم في عقد الرهن، وذلك للأسباب التالية:

١ ـ قوة ما استدل به الجمهور ووجاهته في الدلالة على المطلوب مقارنة مع ما استند إليه مخالفوهم.

٢ ـ إن طبيعة عقد الرهن تتضمن معنى الإرفاق والمعونة؛ لأن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئاً. وهذا المعنى يرجح كون القبض فيه مماثلاً لحكمه في عقود الإرفاق الأخرى ـ كالقرض والهبة والصدقة ـ وهو أنه شرط لزوم فيها على ما ذهب إليه الجمهور(١).

٣ ـ إنّ اشتراط القبض يحقق مقصد التوثق أكثر، وهو أدعى إلى الاحتياط في حفظ المال، خاصة عند فساد الذمم وشيوع مقابلة المعروف بالجحود، وتضاؤل الاهتمام بالوفاء بالعقود والعهود.

ثالثاً: شروط المرهون فيه

يشترط في الدَّين المرهون فيه ما يلي:

١ ـ الثبوت:

وهو أن يكون الدَّين ثابتاً قبل الرهن أو معه، وهذا باتفاق الفقهاء(٢).

أما الرهن قبل ثبوت الدَّين ففيه قولان عند الفقهاء:

---

(١) د. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات ص:١٠٨.

(٢) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٤)؛ وابن عبد البر، الكافي ص:٤١٤؛ والصاوي، بلغة السالك (٢/ ١٠٨)؛ والشيرازي، المهذب (١/ ٤٠٣)؛ والشربيني، الإقناع (٢/ ٢٤)؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٣٦٣)؛ والكافي (٢/ ١٣٠).

ـ **القول الأول: عدم صحة الرهن قبل ثبوت الدَّين المرهون فيه.**

وذهب إلى هذا القول الشافعية(١)، وهو المعتمد عند الحنابلة(٢).

ـ **القول الثاني: صحة الرهن قبل ثبوت الدَّين المرهون فيه.**

وذهب إلى هذا القول الحنفية إن كان موعوداً به(٣)، والمالكية(٤)، وهو مذهب أبي الخطاب(٥) من الحنابلة(٦).

الأدلة:

أ ـ دليل القول الأول:

استند أصحاب القول الأول إلى القياس لإثبات المنع من صحة الرهن قبل ثبوت الدين؛ حيث قاسوا الرهن على الشهادة؛ فقالوا بأن

---

(١) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٣١٢)؛ والنووي، روضة الطالبين (٤/ ٥٣ ـ ٥٤)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ١٢٦)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٤/ ٢٥١)؛ وزكريا الأنصاري، أسنى المطالب (٢/ ١٥٠ ـ ١٥١).

(٢) ينظر: ابن تيمية الجد، المحرر في الفقه (١/ ٣٣٥)؛ وابن مفلح، المبدع (٤/ ٢١٤ ـ ٢١٥)؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٣٦٣).

(٣) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٥)؛ والزيلعي، تبيين الحقائق (٦/ ٧١)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٦/ ٤٩٤)؛ وعلي حيدر، درر الحكام (٢/ ٨٩).

(٤) ينظر: ابن عبد البر، الكافي ص:٤١٦؛ والحطاب، مواهب الجليل (٥/ ١٦)؛ والخرشي، شرح مختصر خليل (٥/ ٢٤٩)؛ والدردير، الشرح الصغير (٢/ ١٠٨).

(٥) هو محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوذاني، البغدادي، أبو الخطاب، الفقيه الحنبلي، الأصولي الأديب، ولد عام ٤٣٢هـ، توفي سنة ٥١٠هـ. من آثاره: التمهيد في أصول الفقه، والهداية في الفقه. (ابن العماد، شذرات الذهب ٤/ ٢٧؛ والمراغي، الفتح المبين ٢/ ١١).

(٦) الكلوذاني، الهداية (ط:١؛ السعودية: مطابع القصيم، ١٣٩٠هـ، ١/ ١٥٠)، بواسطة: د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:١٢٢.

الرهن وثيقة بالدَّين وتابع له فلا يصح أن يكون قبله؛ كالشهادة[1]، التي لا يتصور كونها سابقة عن حصول المشهود به.

ب ـ دليل القول الثاني:

استند أصحاب القول الثاني إلى القياس كذلك لإثبات جواز الرهن قبل ثبوت الدَّين، فقاسوا الرّهن على الضمان، فقالوا: بأن الرهن وثيقة بالحق، فجاز قبله كما أن الضمان يجوز قبله[2].

• المناقشة والترجيح:

أ ـ مناقشة دليل القول الثاني:

إن استدلال المجيزين للرهن قبل ثبوت الدَّين بالقياس على الضمان لا يستقيم من وجهين:

أحدهما: عدم التسليم بأن الضمان يصح قبل ثبوت الحق.

والثاني: لو فُرض التسليم بصحة الضمان المذكور، فلا وجه للقياس لوجود فارق بين الضمان والرهن؛ فالضمان هو من باب التبرعات فجاز من غير حق ثابت؛ كالنذر. أما الرهن فهو مال يجعل وثيقة بالدَّين ليستوفى من ثمنه عند تعذّر الاستيفاء من المدين؛ وبناء على هذا فلا قياس مع الفارق[3].

---

(١) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٠٣)؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٣٦٣)؛ وابن مفلح، المبدع (٤/ ٢١٤).

(٢) ينظر: الكلوذاني، الهداية (١/ ١٥٠) ـ بواسطة: د. صالح الهليل، المرجع السابق ص:١٢٢؛ وابن مفلح، المبدع (٤/ ٢١٤).

(٣) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٣٦٣ ـ ٣٦٤)، ابن مفلح، المبدع (٤/ ٢١٤)، البهوتي، كشاف القناع (٣/ ٣٢١).

ب ـ الترجيح:

من خلال عرض وجهتي النظر لدى الفريقين، ومناقشة ما استدل به أصحاب القول الثاني، وظهور عدم وجاهته في الدلالة على مطلوبهم؛ يترجّح لدينا القول الأول القاضي بعدم صحة الرّهن قبل ثبوت الدَّين المرهون فيه[١].

٢ ـ اللزوم:

اشترط الفقهاء في الدَّين أن يكون لازماً، أو يكون مآله إلى اللزوم[٢]. ومن الأمثلة على الدَّين اللازم: القرض، وقيمة المتلفات، وأرش الجنايات. أما الذي مآله إلى اللزوم فمثل الثمن في مدَّة الخيار، والصداق قبل الدخول[٣].

هذا، وقد اختلف الفقهاء في صحة أخذ الرهن بالدَّين الذي أصله الجواز ومصيره إلى اللزوم محتمل مثل: الجُعل قبل العمل.

وللفقهاء في هذه المسألة قولان:

ـ القول الأول: عدم صحة أخذ الرهن بالدَّين محتمل اللزوم.

وذهب إلى هذا القول بعض المالكية[٤]، وهو أحد الوجهين عند الشافعية[٥]، واختاره الغزالي (ت٥٠٥هـ) وقال بأنه الأصحّ[٦]، وهو أحد

---

(١) د. صالح الهليل، توثيق الديون في الفقه الإسلامي ص:١٢٣.

(٢) ينظر: القدوري، الكتاب (٢/ ٥٤)؛ والكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٥)؛ والدردير، الشرح الصغير (٢/ ١٠٨)؛ ومحمد عرفة، حاشية الدسوقي (٣/ ٢٣٢)؛ والغزالي، الوجيز (١/ ٩٧)؛ وابن مفلح، المبدع (٤/ ٢٠٨)؛ والرحيباني، مطالب أولي النهى (٣/ ٢٥٨).

(٣) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص:١٢٣.

(٤) منهم: ابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٢٧٤)؛ وينظر: النفراوي، الفواكه الدواني (٢/ ١٨١).

(٥) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٠٣)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ١٢٧).

(٦) الغزالي، الوجيز (١/ ٩٧).

الوجهين عند الحنابلة[1]، وقال في «الإنصاف» بأنه المذهب[2].

القول الثاني: صحة أخذ الرهن بالدَّين محتمل اللزوم.

وذهب إلى هذا القول بعض المالكية[3]، وهو أحد الوجهين عند الشافعية[4]، وكذا الحنابلة[5].

الأدلة:

أ - دليل القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بدليل عقلي للحكم بمنع صحة أخذ الرهن بالدَّين محتمل اللزوم. فقالوا: بأن الجُعل في الجعالة قبل العمل غير واجب، ولا يُعلم إفضاؤه إلى الوجوب[6]. وما كانت هذه حاله لا يصح أخذ الرهن به[7].

ب - دليل القول الثاني:

استند أصحاب القول الثاني إلى دليل عقلي كذلك لإثبات صحة أخذ الرهن بالدَّين محتمل اللزوم، فقالوا: بأن الجُعل في الجعالة آيل

---

(١) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٣٤٤)؛ والكافي (٢/ ١٢٩)؛ وابن مفلح، الفروع (٤/ ٢٠٨).

(٢) ينظر: المرداوي، الإنصاف (٥/ ١٣٨).

(٣) منهم: الحطاب، مواهب الجليل (٥/ ١٦)؛ والدردير، الشرح الكبير (٣/ ٢٣٢).

(٤) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٠٣).

(٥) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٣٤٤)؛ والمرداوي، الإنصاف (٥/ ١٣٨)؛ وابن مفلح، الفروع (٤/ ٢٠٨).

(٦) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٣٤٤)؛ والرحيباني، مطالب أولي النهى (٣/ ٢٥٨).

(٧) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٠٣).

إلى الوجوب واللزوم، لذا يصح أخذ الرهن به قياساً على الثمن في مدّة الخيار[1].

• المناقشة والترجيح:

أ ـ مناقشة دليل القول الثاني:

إن الدليل العقلي الذي استند إليه أصحاب القول الثاني لا يستقيم من وجهين:

أولهما: إن إفضاء هذا الدَّين إلى الوجوب محتمل، وليس هناك ما يضمن حتمية كونه يؤول فعلاً إلى اللزوم[2].

وثانيهما: إن القياس على الثمن خلال مدّة الخيار لا يستقيم؛ فالقياس المدّعى هنا مع الفارق، وهو أن موجب الثمن هو البيع وقد تحقق تمامه، بخلاف موجب الجُعل وهو العمل فإنه لم يتم، ومن ثم لا يمكن القياس بين الحالين[3].

ب ـ الترجيح:

يظهر ـ والله أعلم ـ رجحان القول الأول القاضي بعدم صحة أخذ الرهن في جُعل الجعالة قبل العمل، وسبب الترجيح:

١ ـ قوة دليل القول الأول وسلامته من الاعتراض.

٢ ـ ظهور عدم وجاهة استدلال أصحاب القول الثاني بعد المناقشة، إذ هو مبني على الاحتمال، ومن ثم لا يستقيم به الاستدلال[4].

---

(١) ينظر: الشيرازي، المرجع السابق (١/ ٤٠٣)؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٣٤٤).
(٢) ابن قدامة، المرجع نفسه.
(٣) الشربيني، مغني المحتاج (٢/ ١٢٧).
(٤) د. صالح الهليل، توثيق الديون في الفقه الإسلامي ص: ١٢٦.

٣ ـ المعلومية:

وبناء على هذا الشرط يجب أن يكون الدَّين المرهون به معيَّناً معلوماً للمتعاقدين، من حيث صفتُهُ وقدرُهُ، فلو جهل أحدهما أو كلاهما ذلك لم يصح الرّهن[(١)].

والظاهر أن هذا الشرط جوهريّ، ذلك أن المعاملات بين الناس مبنية على المشاحة، ومن هنا فالوضوح والتعيين والمعرفة التامة كلها أمور مطلوبة في التعامل حتى يُقْبلَ الناس على المعاملة على بصيرة ودراية مما يقضي على التنازع[(٢)].

٤ ـ انتفاء السَّلَم:

ويعني هذا الشرط: ألا يكون الدَّينُ المأخوذ به الرّهن دَيْنَ عَقْدِ سَلَمٍ، وهو بيع آجلٍ موصوفٍ في الذِّمة بثمنٍ عاجلٍ. واختلف الفقهاء في هذا الشرط ولهم في المسألة قولان:

ـ القول الأول: صحة أخذ الرهن في دين السلم.

وذهب إلى هذا القول الحنفية[(٣)]، والمالكية[(٤)]، والشافعية[(٥)]، وهو إحدى الروايتين عند الحنابلة[(٦)].

---

(١) ينظر: الشربيني، مغني المحتاج (٢/ ١٢٦)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٤/ ٢٤٨).
(٢) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ١٣١.
(٣) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٨).
(٤) ينظر: ابن عبد البر، الكافي ص: ٤١٦؛ وابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٢٧٣).
(٥) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٠٣)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٤/ ٢٤٨).
(٦) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٣٤٢)؛ والمرداوي، الإنصاف (٥/ ١٢٢).

ـ **القول الثاني: عدم صحة أخذ الرهن في دين السلم.**

وذهب إلى هذا القول زُفَرٌ (١٥٨هـ) من الحنفية[١]، وهو إحدى الروايتين عند الحنابلة[٢].

الأدلة:

أ ـ أدلة القول الأول:

استدل المجيزون لأخذ الرهن في دَيْن السَّلَم بالكتاب والمعقول.

١ ـ من الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾... ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٢ ـ ٢٨٣].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن الرَّهن يؤخذ في مقابل الدَّين، وقد روي[٣] عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن الآية نزلت في السَّلَم خاصة؛ فهي دليل على مشروعية أخذ الرّهن في مقابل دَيْن السَّلَم خاصة[٤]. ولو اعتبرنا أنها لم تنزل في السَّلَم، فإنها شاملة له بعموم لفظها[٥]، فصار دَيْن السَّلَم داخلاً في الآية بالأصالة وبالتَّبع[٦].

---

(١) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٨).

(٢) ينظر: ابن مفلح، الفروع (٤/ ٢٠٨)؛ والمرداوي، الإنصاف (٥/ ١٢٢).

(٣) أخرج الحديث: الحاكم، المستدرك (٢/ ٢٨٦)، وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه»؛ والبيهقي، السنن الكبرى (٦/ ١٨ ـ ١٩).

(٤) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٠٣).

(٥) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٤٤٢).

(٦) د. صالح الهليل، توثيق الديون في الفقه الإسلامي ص: ١٣٣.

٢ ـ من المعقول:

إنَّ السَّلَم أحد أنواع البيع، فيجوز أخذ الرّهن بما في الذّمة منه وهو المسلم فيه كما هو الحال في البيوع الحاضرة[١].

ب ـ أدلة القول الثاني:

استند المانعون من أخذ الرهن في دَيْن السَّلَم إلى حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَلا يَصْرِفْهُ إِلَى غَيْرِهِ**»[٢].

ووجه الدلالة من الحديث أنَّ فيه نهيٌ عن صرف المُسْلَم فيه (دين السلم) إلى غيره، ولو أخذ الرهن به، ثم هلك عند المرتهن بتعدٍّ فإنه يضمن، فيسقط المرهون فيه ـ وهو هنا دين السلم ـ أو بعضه في مقابل ذلك الرهن الهالك، ومن ثم يصير المرتهن قد استوفى حقه من غير دين السلم، وفي هذا الإجراء صرف للمسلم فيه إلى غيره، وهو الأمر المنهي عنه في هذا الحديث[٣].

• المناقشة والترجيح:

أ ـ مناقشة دليل القول الثاني:

ناقش أصحاب القول الأول استدلال مخالفيهم بأن الحديث

---

(١) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٤٤٢).

(٢) الحديث أخرجه: أبو داود، السنن، كتاب البيوع، باب السلف لا يحول (٣/ ٢٧٦)، وابن ماجه، السنن، كتاب التجارات، باب من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره (٢/ ٧٦٦). قال ابن حجر: «أخرجه: أبو داود وابن ماجه، وفيه عطية بن سعد العوفي وهو ضعيف، وأعلَّه أبو حاتم والبيهقي وعبد الحق وابن القطان بالضعف والاضطراب» (ابن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير ٣/ ٢٥).

(٣) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٤٤٢).

المستند إليه ضعيف لا يصلح للاحتجاج به في المسألة، ذلك أنّ في سنده عطية بن سعد العوفي[1]، وقد صرَّح علماء الحديث بأنه ضعيف[2].

ب ـ الترجيح:

من خلال عرض الأقوال في المسألة وأدلة كل طرف ثم المناقشة يتبين لنا رُجحان القول الأول القاضي بصحة أخذ الرهن في مقابل دين السلم. وسبب الترجيح:

١ ـ قوة أدلة القول الأول وسلامتها من المعارض.

٢ ـ ضعف دليل القول الثاني.

٣ ـ قوة العموم الوارد في آية المداينة المحتج بها بحيث يدخل دين السلم فيها، دون أن يرد مخصص لها، ومن ثم فهي باقية على عمومها[3].

الخلاصة

من خلال عرض شروط الرهن ومناقشتها في مختلف المذاهب بعد عرض الأقوال وأدلتها يتضح لدينا أن شروط الرهن هي:

أ ـ شروط المتعاقدين: أن يكون كلّاً من الراهن والمرتهن عاقلاً، ومأذوناً له إن كان صبياً مميِّزاً أو سفيهاً.

---

(١) هو عطية بن سعد بن جُنادة العَوْفي الجَدَلي، الكوفي، أبو الحسن، صدوقٌ يخطئ كثيراً، وكان شيعياً مدلِّساً، توفي سنة ١١١هـ. (ابن حجر، تقريب التهذيب ص:٣٣٣).

(٢) ينظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥١٧)؛ وابن حجر، التلخيص الحبير (٣/ ٢٥).

(٣) د. صالح الهليل، توثيق الديون في الفقه الإسلامي ص:١٣٤.

ب ـ شروط المرهون: أن يكون المرهون عيناً قابلة للبيع، مع تحقق القبض.

جـ ـ شروط المرهون فيه: أن يكون الدَّين ثابتاً لازماً ومعلوماً.

المطلب الثالث

دور الرهن في حماية الديون

إنَّ الشخص تختلف أحواله من حيث الغنى والفقر، وإن المال حبيب إلى النفوس، فقد يأتي على الإنسان وقت يكون في أمس الحاجة إلى النقود ليقضي بها حوائجه الضرورية، ولا يجد من يتصدَّق عليه ولا من يقرضه، ولا يجد كفيلاً، فيأتي إلى شخص يطلب منه مالاً بثمن في الذمة يتفقان عليه، أو يطلب منه قرضاً على أن يجعل عنده مقابل ذلك رهناً يحفظه عنده حتى يرد عليه حقه، فشرع الله الرهن لمصالح الراهن والمرتهن والمجتمع.

أما الراهن فيقضي حاجته، وفي ذلك تنفيس لكربته، وإزالة ما في نفسه من الغم، وقد يبيع فيه ويشتري ويكون سبباً لغناه.

وأما فيما يخص المرتهن فالملاحظ أن بعض الدائنين لا يكفيه الإشهاد ولا الكتابة، ويرى أنه لا بد من وثيقة تطمئن إليها نفسه بحبسها عنده، تحمل المدين على الوفاء عند حلول الأجل، وتلك الوثيقة هي الرهن، والتي تعتبر من أقوى الوثائق التي شرعها الله ﷻ؛ لأنها تجعل الدائن مطمئناً على ماله كأنه في حيازته، وهو في هذه الحالة لا يخشى إنكار المدين، ولا موته، ولا إعساره بكثرة الاستدانة.

وأما المصالح العائدة إلى المجتمع فتوسيع التعامل التجاري، وتبادل المحبة والمودة بين الناس، فهو تعاون على البر والتقوى، وفيه

تنفيس للكروب، وتقليل للخصومات وراحة لولاة الأمور من القضاة والحكام[1].

وعلى هذا فحقيقة الرهن توثيق الدَّين بتعليقه بالعين، ليَسْلَمَ المرتهنُ به عن مزاحمة الغرماء عند الإفلاس، ويتمُّ ذلك بالقبض لِيَحْفَظَ محلَّ حقه ليوم حاجته، ويثبت للمرتهن في الحال استحقاق اليد على المرهون، وفي ثاني الحال استحقاقُ البيع في قضاء حقه إذا لم يوفّه الراهن من مال آخر[2].

فإن قيل: ما معنى الوثيقة في هذه اليد، ومن أي وجه جُعلت وثيقة؟ قلنا: معنى الوثيقة في إثبات شيءٍ زائدٌ هو من جنس الأصل، مع بقاء الأول على ما كان، فإن احتبس عنده حقيقةً، يصيرُ هذا الاحتباسُ وسيلةً إلى النقد من محلٍّ آخر، وهذا هو المتعاهَدُ فيما بين الناس أنَّ مِلْكَ الإنسان متى صار محبوساً عنه بدين يتسارع إلى فكاكه بإيفاء الدَّين[3].

*** مسألة ربط الرهن بشرط:**

هذا، وقد يلجأ المدين إلى الزيادة في بث الاطمئنان والثقة في نفس الدائن؛ فيرتب على نفسه إضافة إلى الرهن ربطه بشرط، مفاده أنه إن لم يف بالدين في موعده المحدد فإنه يحق للدائن أن يتملك الرهن.

---

(١) ينظر: اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، «الرهن» - مرجع سابق - ص:٢٣ - ٢٤؛ ود. حسن الرفاعي، العسرة المادية ص:١٤١.

(٢) ينظر: عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار (٣/ ٣٩٨)؛ ود. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات ص:١٠٢.

(٣) ينظر: عبد العزيز البخاري، المرجع نفسه (٣/ ٣٩٩)؛ ود. نزيه حماد، المرجع نفسه ص:١٠٢ - ١٠٣.

وهذه المسألة محلّ اختلاف بين الفقهاء، ولهم فيها قولان:

- القول الأول: لا يصح تعليق الرهن بهذا الشرط؛ فلا يملك المرتهن الرهن بموجبه.

وهذا القول مروي عن عدد من الصحابة والتابعين[1]، منهم: ابن عمر رضي الله عنهما، وشريح بن الحارث (ت٧٨هـ)، وإبراهيم النخعي (ت٩٥هـ)، وقال به الحنفية[2]، والمالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة في الرواية المشهورة في المذهب[5].

- القول الثاني: يصح تعليق الرهن بهذا الشرط، وتترتب عليه آثاره. فإذا لم يف المدين بما عليه في موعده المتفق عليه فيحق للدائن أن يتملك الرهن.

وهذا القول رواية عن أحمد (ت٢٤١هـ)[6]، واختارها ابن تيمية (ت٧٢٨هـ)، وتلميذه ابن القيم (ت٧٥١هـ)[7].

---

(١) رواه عنهم: ابن أبي شيبة، المصنف (٤/٤٢٧)؛ وعبد الرزاق الصنعاني، المصنف (٨/٢٣٨)؛ والبيهقي، السنن الكبرى (٦/ ٤٤).

(٢) ينظر: السرخسي، المبسوط (٢١/ ٦٦)؛ والكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ١٤٨)؛ والزيلعي، تبيين الحقائق (٦/ ٦٥).

(٣) ينظر: مالك بن أنس، المدونة الكبرى (٤/ ١٦٥)؛ والحطاب، مواهب الجليل (٥/ ٨)؛ وابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٢٧٥).

(٤) ينظر: الشربيني، مغني المحتاج (٢/ ١٣٧)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٦/ ١٤٨).

(٥) ينظر: المرداوي، الإنصاف (٥/ ١٦٧)؛ وابن قدامة، المغني (٦/ ٥٠٧).

(٦) ينظر: المرداوي، المرجع نفسه؛ وابن مفلح، الفروع (٤/ ٢١٨)؛ وابن قدامة، المرجع نفسه.

(٧) ينظر: ابن تيمية ت٧٢٨هـ، نظرية العقد (لا. ط؛ مصر: مطبعة السُّنَّة المحمدية، ١٣٦٨هـ) ص:٢٢٧؛ وابن القيم، إعلام الموقعين (٣/ ٣٦٣).

الأدلة:

أ ـ أدلة أصحاب القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بالسُّنَّة وبآثار مروية عن بعض الصحابة والتابعين.

١ ـ من السُّنَّة:

حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً: **«لا يَغْلَقُ**(١) **الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ الذِي رَهَنَهُ، لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ»**(٢).

ووجه الدلالة أنَّ الحديث أثبت ملكية الراهن لرهنه، ومن ثم ليس للمرتهن أن يتملك الرهن عند حلول الدَّين وعدم استطاعة الراهن سداد ما عليه.

٢ ـ من الأثر:

ـ روي أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما سُئل عن الرجل يرهن الرهن فيقول: إن لم أجئك به على كذا وإلا فهو لك، قال: ليس له ذلك(٣).

---

(١) يقال: غلق الرهن إذا خرج عن ملك الراهن واستولى عليه المرتهن بسبب عجزه عن أداء ما رهنه فيه، وكان هذا عادة العرب فنهاهم النبي ﷺ. (الصنعاني، سبل السلام ٣/ ٨٧٠).

(٢) أخرجه: ابن حبان، صحيح ابن حبان (١٣/ ٢٥٨)؛ والدارقطني، سنن الدارقطني (٣/ ٣٢ ـ ٣٣)؛ والحاكم، المستدرك (٢/ ٥٨)، وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه لخلاف فيه على أصحاب الزهري وقد تابعه مالك وابن أبي ذئب وسليمان بن أبي داود الحراني ومحمد بن الوليد الزبيدي ومعمر بن راشد على هذه الرواية»؛ وأخرج الحديث مرسلاً من حديث سعيد بن المسيب: البيهقي، السنن الكبرى (٦/ ٣٩)؛ والطحاوي، شرح معاني الآثار (٤/ ١٠٠ ـ ١٠١). وينظر: الزيلعي، نصب الراية (٤/ ٣١٩)؛ وابن حجر، التلخيص الحبير (٣/ ٣٦).

(٣) أخرجه: ابن أبي شيبة، المصنف، كتاب البيوع (٤/ ٤٢٧).

ـ وروي أن سعيد بن المسيب (ت٩٤هـ) سُئل عن قول الرسول ﷺ، أهو قول الرجل إن لم يأت بالدَّين إلى وقت كذا، فالرهن بيع له في الدَّين؟ قال: نعم[١].

ب ـ أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بأدلة عقلية مفادها:

١ ـ إنَّ البيع من عقود التمليكات فيصح تعليقه على شرط، ومنه بيع المرهون، ولا مانع من تعليقه لا من كتاب ولا سُنَّة ولا إجماع ولا قياس صحيح[٢].

٢ ـ إن الحاجة والمصلحة للمرتهن تدعو إلى ذلك. فبيع المرهون والاستيفاء منه خير لهما من التنازع والترافع للقاضي[٣].

• المناقشة والترجيح:

أ ـ مناقشة استدلال أصحاب القول الثاني:

نوقش ما استدل به أصحاب القول الثاني بأنه اجتهاد في مقابل النص؛ حيث إن حديث أبي هريرة رضي الله عنه صريحٌ في نهي المرتهن عن امتلاك الرهن في حالة عدم الوفاء؛ وعليه يجب الوقوف عند هذا المعنى الذي قرره جمهور الفقهاء[٤].

ب ـ الترجيح:

يظهر ـ والله أعلم ـ رُجحان القول الأول الذي يرى عدم صحة هذا التعليق لقوة دليله من السُّنَّة، ولما ورد على استدلال أصحاب القول

---

(١) أخرجه: البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الرهن (٦/ ٤٤).
(٢) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ١٤٨)؛ وابن قدامة، المغني (٦/ ٥٠٧).
(٣) ابن القيم، إعلام الموقعين (٣/ ٣٦٣).
(٤) ابن قدامة، المغني (٦/ ٥٠٧).

الثاني من مناقشة واعتراض، فلا اجتهاد ولا قياس في مقابلة النص الصريح.

ثم إن المقصود من الرَّهن هو توثيق الدَّين، وليس في تشريع أحكامه ما يرمي إلى تمكين المرتهن من الاستيلاء على العين المرهونة في حال عدم السداد؛ لأن الاستيلاء المذكور لا وصف له إلا كونه أكلاً لأموال الناس بالباطل، وظلم بيِّنٌ للراهن. وعليه فإن الأصل أن يبقى الرهن مؤدياً وظيفة التوثيق، وإذا ما أخلّ الراهن بالتزامه ولم يسدد ما عليه في موعده، فالأمر موكولٌ للقضاء ليضمن للمرتهن حقه، ويحفظ على الراهن ماله[1].

هذا، وإن ما أخذ به التقنين المدني الجزائري يتوافق مع ما تم ترجيحه آنفاً؛ حيث ورد في المادة (٩٧٣): «يجوز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقَّه أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني أو بسعره في السوق. ويجوز له أيضاً أن يطلب من القاضي أن يأمر بتمليكه الشيء وفاء للدين على أن يحسب عليه بقيمته حسب تقدير الخبراء».

*** موازنة بين النظرين الفقهي والقانوني في التوثيق بالرهن:**

عرف الفقه الإسلامي الرهن الحيازي، لكنه يقرُّ أيضاً ما يسمى في القوانين الوضعية بالرهن الرسمي أو التأميني؛ لأن مقصود الرهن هو التوثيق، وتوثيق الدين وتأمينه من شأنه أن ينمي الثقة بين الدائن ومدينه، ويتحقق هذا الهدف بالرهن الرسمي كما يتحقق بالرهن الحيازي؛ ولأن من أهداف الفقه الإسلامي هو تأمين الدَّين وضمان الوفاء به. وإن الرَّهن

---

(١) د. إبراهيم بن ناصر الحمود، «التعليق في عقود التبرع والتوثيق»، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، العدد ٤٤، السنة ١١، رجب ١٤٢٠هـ - نوفمبر ٢٠٠٠م، ص: ١٤١.

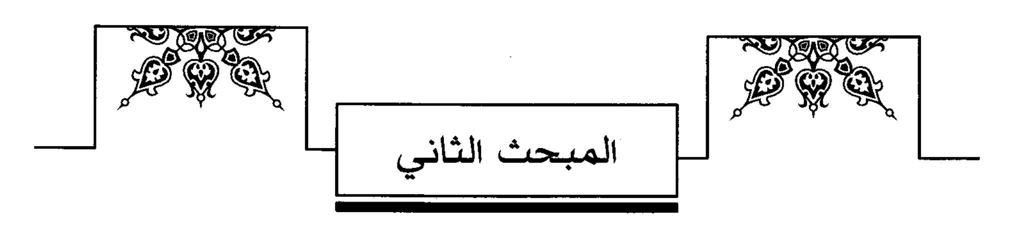
في هذا الفقه هو أقرب إلى التصرف الائتماني منه إلى الرهن الحيازي، بدليل أن المرهون إذا هلك في يد المرتهن دون تقصير منه، فإنه يهلك بالأقل من قيمته وقت القبض ومن الدين.

ومعنى ذلك أن المرهون يهلك على الدائن، كما لو كان ملكاً له، وذلك في حدود ما يكون له من دين على المدين، ويجوز للمرتهن في رأي الحنفية كما يجوز للراهن بيع المرهون على أن يكون تصرفه موقوفاً على إجازة الراهن، مما يدل على أهمية الرهن؛ كضمان للوفاء بالدَّين، الأمر الذي يتطلب بالتالي توثيقه تأكيداً لأهمية الائتمان في المعاملات[1].



---

(١) د. وهبة الزحيلي، العقود المسماة (ط:١؛ دمشق: دار الفكر، ١٩٨٧م إعادة ١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠٢م) ص:٣٤٣ ـ ٣٤٤، والفقه الإسلامي وأدلته (٦/ ٤٢٨٠).



الكفالة ودورها في حماية الديون

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الكفالة وبيان حكمها.

المطلب الثاني: أركان الكفالة وشروطها.

المطلب الثالث: من التطبيقات المعاصرة على الكفالة: خطاب الضمان.

المطلب الرابع: دور الكفالة في حماية الديون.

ο ο ο ο ο

المطلب الأول

تعريف الكفالة وبيان حكمها

وسوف نبين مضمون هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين:

* الفرع الأول: تعريف الكفالة

أولاً: الكفالة في اللّغة:

تطلق الكفالة في اللغة على الضمان، يقال: كَفِلَ الرَّجُلَ وبالرَّجُلِ كِفْلاً، وكفالة: ضَمِنَهُ، ويُقال: كَفِلَ المالَ، وكَفِلَ عنهُ المالَ لِغريمهِ فهو كافلٌ، وأَكفَلَ فُلاناً المالَ؛ أي: جَعَلَهُ يَضْمَنُهُ.

ويُطلق الكفيلُ ويُرادُ به: المثيلُ، والجَمْعُ: كُفَلاءُ، ويُقَالُ للأنثى: كَفيلٌ، وقد يُقال للجمع: كفيلٌ، والكفالةُ: الضَّمُّ. قال الله تعالى:

﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧]؛ أي: ضمَّها إلى نفسه، وقال ﷺ: «**أَنَا وَكَافِلُ اليَتِيمِ فِي الجَنَّةِ هَكَذَا**»(١)؛ أي: الذي يضمُّهُ إليه في الرعاية والتربية، فيعوله وينفق عليه، وفي معنى الكافل: العائل(٢).

وقد وردت مادة «كفل» في القرآن الكريم على أربعة أوجه هي(٣):

١ ـ **الضِّعْفُ**، كما في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَءَامِنُواْ بِرَسُولِهِۦ يُؤْتِكُمْ كِفْلَيْنِ مِن رَّحْمَتِهِۦ وَيَجْعَل لَّكُمْ نُورًا تَمْشُونَ بِهِۦ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ۚ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٨﴾﴾ [الحديد: ٢٨]، يعني ضعفين من رحمته وثوابه.

٢ ـ **الوِزْرُ**، كما في قوله تعالى: ﴿مَّن يَشْفَعْ شَفَٰعَةً حَسَنَةً يَكُن لَّهُۥ نَصِيبٌ مِّنْهَا ۖ وَمَن يَشْفَعْ شَفَٰعَةً سَيِّئَةً يَكُن لَّهُۥ كِفْلٌ مِّنْهَا ۗ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَىْءٍ مُّقِيتًا ﴿٨٥﴾﴾ [النساء: ٨٥]؛ أي: وِزْرٌ من السيئة.

٣ ـ **الضَّمَانُ**، كما في قوله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧]؛ يعني: ضَمِنَهَا. وقوله أيضاً: ﴿وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ﴾ [آل عمران: ٤٤]؛ أي: يربيها.

٤ ـ **الرَّضَاعَةُ**، كما في قوله الله ﷻ: ﴿وَحَرَّمْنَا عَلَيْهِ ٱلْمَرَاضِعَ مِن قَبْلُ فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰٓ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُۥ لَكُمْ وَهُمْ لَهُۥ نَٰصِحُونَ ﴿١٢﴾﴾ [القصص: ١٢]؛ أي: يرضعونه.

---

(١) أخرجه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الأدب، باب فضل من يعول يتيماً (٥/٢٢٣٧) من حديث سهل بن سعد رضي الله عنه.

(٢) ينظر: الزمخشري، أساس البلاغة ص:٣٩٦؛ والراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن ص:٤٣٨؛ والرازي، مختار الصحاح ص:٣٦٤ ـ ٣٦٥؛ وابن منظور، لسان العرب (١١/٥٨٩ ـ ٥٩٠)؛ والفيروزآبادي، القاموس المحيط ص:٩٤٩؛ والفيومي، المصباح المنير (٢/٥٣٦)؛ ود. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط (٢/٨٢٨)، كلهم في مادة: «ك ف ل».

(٣) الدامغاني، قاموس القرآن ص:٤٠٦ ـ ٤٠٧.

ثانياً: الكفالة في الاصطلاح الفقهي:

استعمل الفقهاء الكفالة للدلالة على الضمان والضم والمماثلة، وهو نفسه الاستعمال اللغوي السابق ذكره، فالكفيل عندهم هو الضامن الذي تنضم ذمته إلى ذمة الأصيل ليكون مماثلاً له في تحمّل المسؤولية تجاه الطالب.

هذا، وإن عبارات الفقهاء تعددت في تعريف الكفالة، في حين ذهب بعضهم إلى التفريق بين لفظي الكفالة والضمان في مجالات استخدامهما، في حين يرى آخرون أنهما لفظان لماهية واحدة ولا فرق بينهما في المعنى.

وأشهر التعريفات وأكثرها تداولاً ما يأتي:

١ ـ **تعريف الحنفية**: «الكفالة ضمُّ الذمة إلى الذمة في المطالبة»[١].

٢ ـ **تعريف المالكية**: «التزامُ مُكَلَّفٍ دَيْناً على غيره، أو التزام المكلف مطالبته شخصاً عليه الدَّين لمن الدَّيْنُ له»[٢].

٣ ـ **تعريف الشافعية**: عقدٌ «يتضمن التزام حقٍّ ثابتٍ في ذمة الغير، أو إحضار عينٍ مضمونةٍ، أو بدن من يستحق حضوره»[٣].

٤ ـ **تعريف الحنابلة**: «ضمُّ ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في

---

(١) المرغيناني، الهداية (٣/ ٩٦)؛ وابن الهمام، شرح فتح القدير (٧/ ١٦٣)؛ وينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٣)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٤١٤)؛ وعلي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٦١٥) المادة (٦١٢) من المجلة.

(٢) ينظر: الدردير، الشرح الصغير ـ مع بلغة السالك ـ (٣/ ٢٧٢)؛ وينظر: الرصاع، شرح حدود ابن عرفة (٢/ ٤٢٧)؛ والحطاب، مواهب الجليل (٥/ ٩٦)؛ ومحمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٣٢٩).

(٣) ينظر: الشربيني، مغني المحتاج (٢/ ١٩٩).

التزام الحق، فيثبت في ذمتهما جميعاً، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما»[1].

٥ ـ **تعريف الظاهرية**: الكفالةُ نَقْلُ الدَّينِ من ذمَّة إلى أخرى، وقيل هي: نَقْلُ الحقِّ من ذمَّة إلى أخرى[2].

والظاهر أن التعاريف تناولت الكفالة بأنواعها الثلاثة، وهي الكفالة بالنفس، والكفالة بالدَّين، والكفالة بالعين، وهو ما تضمنه تعريف الحنفية، وأشار إليه بقية التعريفات.

ومما ينبغي التنبيه إليه أن زمرة من الفقهاء ذهبت إلى التفريق بين لفظي الضمان والكفالة في الاستعمال، فالضمان خاص بإحضار البدن، ولذا يقال: ضمان المال وكفالة البدن. ومن هؤلاء: الماوردي (ت٤٥٠هـ)، والنووي (ت٦٧٦هـ) من الشافعية، وكذا أغلب الحنابلة[3]. ومع هذا فإن الحنابلة يجيزون انعقاد الكفالة بأي لفظ من ألفاظ انعقاد الضمان؛ لأنها نوع منه، فالضمان عام والكفالة خاصة[4].

هذا، وإن البحث الذي نحن بصدده يتعلق بالكفالة بالدَّين، دون النوعين الآخرين (الكفالة بالنفس، والكفالة بالعين). وفي هذا نجد اتجاه الجمهور يركِّز على ضمِّ ذمَّة إلى أخرى في الالتزام[5]، وعلى هذا فالدَّينُ يثبت في ذمة الكفيل والمكفول جميعاً، وأن الدائن يطالب من شاء منهما، وهو رأي الشافعية والحنابلة[6]، وكذا المالكية الذين أضافوا قيداً

---

(١) ينظر: ابن قدامة، المغني (٥/ ٧٠)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٣/ ٣٦٢).

(٢) ابن حزم، المحلى (٦/ ٣٩٦).

(٣) ينظر: الشربيني، مغني المحتاج (٢/ ١٩٨)؛ والبهوتي، الروض المربع (٢/ ١٨٦).

(٤) الرحيباني، مطالب أولي النهى (٣/ ١٨٦).

(٥) د. نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص: ٢٣٢.

(٦) د. نزيه حماد، المرجع نفسه ص: ٢٣٢؛ وينظر: ابن قدامة، المغني (٥/ ٧٠).

بعدم جواز مطالبة الدائن للكفيل إلا بعد تحقق عجز المكفول عن الأداء؛ لأن الضمان وثيقة، فلا يستوفى الحق منها إلا عند العجز عن استيفائه من المدين كالرهن(١).

أما الحنفية فقد ذهبوا إلى أن الكفالة مجرد ضمٍّ لذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بالدَّين، بمعنى: في وجوب أداء الدَّين لا في ثبوته في ذمة الكفيل؛ لأنه لا يسقط عن الأصيل، ومن ثم يرجع الكفيل على المكفول من جهة مطالبته بأداء الدَّين للدائن، ولا يلزم الكفيل بأداء الدَّين من ماله(٢).

وبناء على ما سبق يتضح لدينا أن اتجاه الجمهور أكثر مراعاة لمصلحة الدائن من جهة توثيق دينه على مدينه واطمئنانه لذلك(٣).

هذا، وإن مما تجدر الإشارة إليه أن التعاريف السابقة تناولت الكفالة بالمال باعتبار معناها الحاصل بها وهو الضم، أو النقل للحق من ذمة إلى أخرى على سبيل الالتزام.

---

(١) د. نزيه حماد، المرجع السابق ص: ٢٣٢.

(٢) ينظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير (٧/ ١٥٤)؛ ود. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات ص: ١١٥ ـ ١١٦؛ ود. حسن الرفاعي، العسرة المادية ص: ١٣٦.

(٣) رجّح ابن عابدين من متأخري الحنفية ثبوت الدين في ذمة الكفيل، حيث يقول بعد إيراده لعدة مسائل في موضوع الكفالة: «يظهر لي الاتفاق على ثبوت الدين في ذمة الكفيل أيضاً بدليل الاتفاق على هذه المسائل المذكورة، ولأن اعتباره في ذمتين ممكن كما علمت، وما ذكر من هذه المسائل موجبٌ لذلك الاعتبار، ولو كانت ضمناً في المطالبة فقط بدون دَيْنٍ لزمَ أن لا يؤخذ المال من تركة الكفيل؛ لأن المطالبة تسقط عنه بموته كالكفيل بالنفس، لما كان كفيلاً بالمطالبة فقط بطلت الكفالة بموته، مع أنَّ المصرَّحَ به أنَّ المال يحِلُّ بموتِ الكفيل، وإنه يؤخذ من تركته...» (ابن عابدين، حاشية رد المحتار٧/ ٥٥٤).

وفي ضوء ذلك فإنه ينبغي الأخذ بعين الاعتبار القيود والضوابط التالية في اختيار تعريف جامع مانع للكفالة بالمال وهي[1]:

١ ـ إن الكفالة ترتب التزاماً يثبت في ذمة الكفيل وذلك من خلال اتفاق عقدي.

٢ ـ إن نوع هذا الالتزام يتسع ليشمل أيَّ حقٍّ من الحقوق.

٣ ـ يتحمَّل هذا الالتزام من كان أهلاً للإلزام والالتزام.

٤ ـ إن هذا الالتزام يرتب الضمان في حالة عدم أداء الأصيل للحق الثابت عليه.

٥ ـ لا يمنع هذا الالتزام في ذمة الكفيل أن يبدأ صاحب الحق بمطالبة المكفول أولاً.

التعريف الراجح للكفالة:

ومن خلال هذه القيود المستفادة من تعاريف الفقهاء يمكن القول بأن المراد بالكفالة:

«عقدٌ يقتضي التزام مكلَّفٍ مختارٍ حقّاً ثابتاً في ذمة غيره يقرر المطالبة ممن له الحق عند عدم الأداء»[2].

ـ شرح التعريف:

«عقدٌ»: جنس في التعريف يشمل أي عقد، سواء أكان عقد معاوضة، أم عقد تبرع أم غيرهما.

«يقتضي التزام»: قيدٌ يخرج العقد الذي لا يرتب التزاماً؛ كعقود التبرع مثلاً.

---

(١) د. أحمد محمد إسماعيل برج، الكفالة بالمال وأثرها في الفقه الإسلامي (لا.ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤م) ص: ١١.

(٢) المرجع نفسه ص: ١٢.

«**مكلَّفٍ**»: قيدٌ يتعلق بالكفيل يخرج به من ليس أهلاً لمسؤولية الالتزام المالي؛ كالمجنون، والصغير ونحوهما.

«**مختارٍ**»: قيدٌ يتعلق بالكفيل ـ أيضاً ـ يخرج به المكره.

«**حقّاً ثابتاً**»: بيان لطبيعة نوع الالتزام، فكل حقٍّ سواء أكان دَيْناً أم عيناً يجوز للإنسان أن يتحمَّله بشرط أن يكون ثابتاً في ذمَّة المكفول عنه(١)، وهذا قيدٌ يخرج الكفالة بالبدن إذ هي التزام رشيدٍ إحضار من عليه الدَّين ذاته(٢).

«**في ذمة غيره**»: بيانٌ للحقِّ الذي يصحُّ التزامه فلا بد لهذا الحق أن يكون شاغلاً لذمة الغير المكفول عنه من قبل ربِّ الحقِّ(٣).

«**يقرر المطالبة ممن له الحق عند عدم الأداء**»: بيان لأثر هذا الالتزام، وذلك لأن المتكفِّل بدَيْنِ غيرهِ يجعله في ذمته، وهذا الضمان يرتب حقّاً للمكفول له عند عدم أداء المكفول عنه لما في ذمته، وهو مطالبة الكفيل بما ضمنه بهذا العقد، وهي قيود تخرج الكفالة بالبدن، إذ أن الكفيل يلتزم أن يحضر الشخص الذي عليه الحق إلى مجلس القضاء، أو صاحب الحق(٤).

ثالثاً: الكفالة في الاصطلاح القانوني:

عرَّف التقنين المدني الجزائري الكفالة في المادة (٦٤٤) منه، فقال بأنها «عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ الالتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه».

---

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير (٦/ ٢٨٤).

(٢) أبو النجا الحجاوي، الإقناع (٢/ ١٨٢).

(٣) محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٣٢٩).

(٤) ينظر: د. أحمد برج، المرجع السابق ص:١٢ ـ ١٥.

ومن خلال هذا التعريف يتضح لنا ما يلي[1]:

- الكفالة عقد يتم بين الكفيل والدائن دون المدين.
- لا يشترط إذن ولا رضا المدين وموافقته، بل يمكن أن تتم الكفالة دون علمه ورغم معارضته.
- دور الكفالة ضمان التزام المدين لدائنه من خلال توفير الثقة والائتمان.
- ترتكز الكفالة على التزام أصلي وتعمل على ضمان الوفاء به.

هذا، ولا يفهم من عبارة «إذا لم يف به المدين نفسه» الواردة في التعريف السابق أن التزام الكفيل معلَّق على شرطٍ واقف هو عدم قيام المدين الأصلي بالوفاء، وإنما يُراد من هذا التعليق إبراز صفة التبعية لالتزام الكفيل التي تجعله ملتزماً من الدرجة الثانية؛ فالدائن لا يسوغ له مطالبة الكفيل إلا بعد أن يعجز عن استيفاء حقه من المدين؛ إذ إنَّ الكفيل مدين احتياطي لا يحق للدائن مطالبتُهُ بالدَّين إلا إذا رجع على المدين ولم يجد في أمواله ما يكفي بالوفاء بما عليه[2].

* الفرع الثاني: حكم الكفالة

الكفالة جائزة في الجملة، وقد ترتقي إلى الاستحباب إذا كان القائم بها واثقاً بنفسه ويأمن من أن يناله ضررٌ بسببها[3].

---

(١) زاهية سي يوسف، عقد الكفالة (لا.ط؛ الجزائر: دار الأمل بتيزي وزو، ٢٠٠١م) ص:١٦.

(٢) حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية (لا.ط؛ بيروت: الدار الجامعية، ١٩٩٥م) ص:٣٥.

(٣) حاشية قليوبي على المنهاج (٢/ ٣٢٣) بواسطة: د. أحمد برج، الكفالة بالمال وأثرها في الفقه الإسلامي ص:١٥ ـ ١٦.

ولقد دلَّ على مشروعية الكفالة: الكتاب والسُّنَّة والإجماع والمعقول.

أ ـ من الكتاب:

قال تعالى: ﴿قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾﴾ [يوسف: ٧٢].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة في قوله: ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ والزعيم هو الكفيل، ذلك لأن الزعيم والكفيل والحمِّيل والضَّمين والقبيل كلها لها المعنى نفسه[(١)]، ولئن كان ما ورد في الآية هو من شرع من قبلنا، إلا أن المقرر عند علماء الأصول أن شرع من قبلنا يعتبر شرعاً لنا إذا لم يرد في شرعنا ما يبطله[(٢)].

ب ـ من السُّنَّة:

ـ حديث أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ: «كان يُؤتى بالرجل المُتَوَفَّى عليه الدّين فيسأل: «**هَلْ تَرَكَ لِدَيْنِهِ فَضْلاً؟**»، فإن حُدِّث أنه ترك لدَيْنِهِ وفاءً صلّى، وإلّا قال للمسلمين: «**صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ**»، فلما فتح الله الفتوح قال: «**أَنَا أَوْلَى بِالمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ، فَمَنْ تُوُفِّيَ مِنَ المُؤْمِنِينَ، فَتَرَكَ دَيْناً فَعَلَيَّ قَضَاؤُهُ، وَمَنْ تَرَكَ مَالاً فَلِوَرَثَتِهِ**»[(٣)].

والحديث صريحٌ في كفالة المدين المعسر المتوفى، ولذلك أورده البخاري (ت٢٥٦هـ) في كتاب الكفالة من صحيحه[(٤)].

---

(١) ينظر: الجصاص، أحكام القرآن (٣/ ١٧٥)؛ وابن الهمام، شرح فتح القدير (٣/ ١٠٨٢)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٤١٨)؛ وابن العربي، أحكام القرآن (٣/ ١٠٩٧)؛ والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٩/ ١٥١)؛ وابن قدامة، المغني (٥/ ٢٣٥)، .

(٢) د. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات ص:١١٧.

(٣) متفق عليه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الكفالة، باب الدين (٢/ ٨٠٥)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب الفرائض، باب من ترك مالاً فلورثته (٣/ ١٢٣٧).

(٤) د. أحمد برج، الكفالة بالمال وأثرها في الفقه الإسلامي ص:١٨؛ ود. حسن الرفاعي، العسرة المادية ص:١٣٧.

ـ حديث أبي أمامة[(١)] رضي الله عنه قال: سمعتُ رسول الله ﷺ يقول في الخُطبة عام حجّة الوداع: «**العَارِيَةُ مُؤَدَاةٌ، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ، وَالدَّيْنُ مَقْضِيٌّ**»[(٢)].

ووجه الدلالة من الحديث أن قوله ﷺ: «**الزَّعِيمُ غَارِمٌ**» معناه الكفيل يلزمه أداء ما ضمنه عند مطالبة صاحبه. وهذا فيه بيان حكم الكفالة؛ فهو دليل على مشروعيتها[(٣)].

ـ حديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه قال: كنا جلوساً عند النبي ﷺ إذ أتي بجنازة، فقالوا: صلّ عليها، فقال: «**هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟**» قالوا: لا. قال: «**فَهَلْ تَرَكَ شَيْئاً؟**» قالوا: لا؛ فصلى عليه، ثم أتي بجنازة أخرى، فقالوا: يا رسول الله صلِّ عليها، قال: «**هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟**» قيل: نعم. قال: «**فَهَلْ تَرَكَ شَيْئاً؟**» قالوا: ثلاثة دنانير فصلِّ عليها، قال: «**صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ**». قال أبو قتادة: صلِّ عليه يا رسول الله وعليَّ دَيْنُهُ، فصلَّى عليه[(٤)].

ووجه الدلالة من الحديث أن النبي ﷺ أقَرَّ أبا قتادة على التكفل بدَيْن الميت، ولو لم تكن الكفالة تلك مشروعة لما أقرها ﷺ[(٥)]. ولئن

---

(١) هوصُدَي بن عجلان بن الحارث الباهلي، أبو أمامة، صحابي جليل مشهور بكنيته، سكن الشام، وكان مع علي بصفين، مات سنة ٨٦هـ. (ابن حجر، الإصابة ٣/ ٤٢٠).

(٢) أخرجه: الترمذي، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب ما جاء أن العارية مؤداة (٣/ ٥٦٥)، وقال الترمذي: «حديث أبي أمامة حديث حسن، وقد روي عن أبي أمامة عن النبي ﷺ أيضاً من غير هذا الوجه»؛ وينظر في ألفاظ أخرى مقاربة للحديث: أبو داود، السنن (٣/ ٢٩٦ ـ ٢٩٧)؛ وابن ماجه، السنن (٢/ ٨٠٤)؛ وأحمد، المسند (٥/ ٢٦٧).

(٣) ينظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٢٨٥)؛ والخطابي، معالم السنن (٣/ ١٧٧).

(٤) أخرجه: البخاري وغيره، وقد سبق تخريجه بشيء من التفصيل.

(٥) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:١٧٧؛ ود. أحمد برج، الكفالة بالمال ص:١٧.

كانت الكفالة تصحُّ عن الميت، فمن باب أولى تصحُّ عن الحيِّ[١].

جـ ـ من الإجماع:

نقل كثير من الفقهاء إجماع المسلمين على جواز الكفالة لحاجة الناس إليها، ولدفع الضرر عن المدين[٢].

د ـ من المعقول:

استدل على مشروعية الكفالة من المعقول بما يلي:

١ ـ لأنها وثيقة بالحق؛ كالرهن[٣].

٢ ـ حاجة الناس إليها ودفع الضرر عن المدين[٤].

٣ ـ تحصيل الطاعات إن كانت النية والنفس صادقة؛ فقد روي من حديث علي ﵁ «كان رسول الله إذا أتي بجنازة لم يسأل عن شيء من عمل الرجل ويسأل عن دَيْنِهِ، فإن قيل: عليه دَيْنٌ كف، وإن قيل: ليس عليه دَيْنٌ صلَّى، فأتي بجنازة، فلما قام ليكبِّر سأل هل عليه دَيْنٌ؟ فقالوا: ديناران، فعدل عنه، فقال عَلِيٌّ: هُمَا عَلَيَّ يا رسول الله وهو بريء منهما، فصلَّى عليه ثم قال: **جزاك الله خيراً وفكَّ الله رهانك كما فككت رهان أخيك**»[٥].

---

(١) الشوكاني، نيل الأوطار (٥/ ٢٨٢).

(٢) ينظر: الموصلي، الاختيار (٢/ ٢٧٠)؛ وعبد الوهاب البغدادي، المعونة (٢/ ٢٠١)؛ وابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٢٩٥)؛ وابن المنذر، الإجماع ص: ٥٩؛ والرملي، نهاية المحتاج (٤/ ٤٣٢)؛ وابن قدامة، المغني (٥/ ٧١)؛ والصنعاني، سبل السلام (٣/ ٨٨٩).

(٣) عبد الوهاب البغدادي، المعونة (٢/ ٢٠١).

(٤) الصنعاني، سبل السلام (٣/ ٨٩٠).

(٥) أخرجه: الدارقطني، السنن، كتاب البيوع (٣/ ٤٦)؛ والبيهقي، السنن الكبرى، كتاب الضمان (٦/ ٧٣).

قال الصنعاني[1]: وفي الحديث دليل على أنه يصح أن يحتمل الواجب غير من وجب عليه وأنه ينفعه ذلك، ويدلُّ على شدَّة الدَّين[2].

المطلب الثاني

أركان الكفالة وشروطها

وسوف نبين مضمون هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين:

* الفرع الأول: أركان الكفالة

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5]، إلى اعتبار أركان الكفالة المالية خمسة وهي:

١ ـ الكفيل: وهو الملتزم بما على المدين الأصلي.

٢ ـ المكفول عنه: وهو الأصيل الذي عليه الدَّين اللازم أو الآيل إلى اللزوم، ويعبر عنه أحياناً بالغريم.

٣ ـ المكفول له: وهو الدائن صاحب الحق المضمون له ما على المدين.

---

(١) هو محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الكحلاني، ثم الصنعاني، المعروف بالأمير، ولد عام ١٠٩٩هـ، وتتلمذ على يد علماء صنعاء باليمن، توفي سنة ١١٨٢هـ. من آثاره: سبل السلام، العدة في شرح العمدة لابن دقيق العيد، وأصول الفقه. (الزركلي، الأعلام ٦/ ٣٨).

(٢) الصنعاني، سبل السلام (٣/ ٨٨٩).

(٣) ينظر: الصاوي، بلغة السالك (٢/ ١١٤)؛ ومحمد عرفة، حاشية الدسوقي (٤/ ٤٢٠).

(٤) ينظر: الغزالي، الوجيز (١/ ١٤٠)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ١٩٨)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٤/ ٤٣٣).

(٥) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٥٩١)؛ وابن مفلح، المبدع (٤/ ٢٤٩)؛ والرحيباني، مطالب أولي النهى (٣/ ٢٩٥).

٤ ـ المكفول به: وهو الحق الذي تعهد الكفيل بأدائه وتسليمه.

٥ ـ الصيغة: وهي ما يعبِّر به المتعاقدان (الكفيل والمكفول له) من ألفاظ تدلُّ على إرادتهما هذا العقد إيجاباً من الكافل وقبولاً من المكفول له.

وذهب الحنفية[١]، وأهل الظاهر[٢]، إلى أن الكفالة لها ركن واحد وهو الصيغة فقط ممثلة في الإيجاب والقبول. مع تسجيل عدم الاتفاق لدى الحنفية في اعتبار القبول داخلاً في ركن الكفالة[٣].

وقد اختلف الفقهاء بشأن اشتراط القبول لصحة الصيغة، ولهم في المسألة قولان:

ـ **القول الأول**: إن الكفالة تنعقد بمجرد إيجاب الكفيل، وليس من الضروري تحقق القبول من المكفول له. وذهب إلى هذا القول: المالكية[٤]، والحنابلة[٥]، والأصح عند الشافعية[٦]، والرواية الأصح عن القاضي أبي يوسف (ت١٨٢هـ)[٧]، وكذا الظاهرية[٨].

---

(١) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢).

(٢) ينظر: ابن حزم، المحلى (٦/ ٣٧٩).

(٣) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢)؛ وابن الهمام، شرح فتح القدير (٥/ ٣٩٠)، والموصلي، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٢٠٧)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٤١٦).

(٤) ينظر: محمد عرفة، حاشية الدسوقي (٤/ ٣٣٤)؛ والحطاب، مواهب الجليل (٥/ ١٠٢ ـ ١٠٤).

(٥) ينظر: ابن قدامة، المغني (٥/ ٧١)؛ والمرداوي، الإنصاف (٥/ ٢١٣)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٣/ ٣٦٦).

(٦) ينظر: النووي، روضة الطالبين (٤/ ٢٥٩)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ٢٠٠).

(٧) ينظر: الموصلي، الاختيار (٢/ ١٧٠)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٢٨٣).

(٨) ينظر: ابن حزم، المحلى (٦/ ٣٩٦).

ـ **القول الثاني**: إن الكفالة لا يكفي في انعقادها إيجاب الكفيل، وإنما لا بد من قبول الطالب المكفول له، وذهب إلى هذا القول أبو حنيفة (ت١٥٠هـ)، وتلميذه محمد بن الحسن (ت١٨٩هـ)[١]، وهو رواية عن أبي يوسف (ت١٨٢هـ)[٢]، ووجه عند الشافعية[٣].

الأدلة:

أ ـ أدلة أصحاب القول الأول:

استدل الجمهور بالسُّنَّة والمعقول لإثبات انعقاد الكفالة بإيجاب الكفيل دون اشتراط قبول المكفول له.

١ ـ من السُّنَّة:

ـ حديث سلمة بن الأكوع ﵁ قال: كنا جلوساً عند النبي ﷺ إذ أتي بجنازة. فقالوا: صلّ عليها، فقال: «**هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟**» قالوا: لا. قال: «**فَهَلْ تَرَكَ شَيْئاً؟**» قالوا: لا. فصلى عليه. ثم أتي بجنازة أخرى. فقالوا: يا رسول الله صلِّ عليها. قال: «**هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟**» قيل: نعم. قال: «**فَهَلْ تَرَكَ شَيْئاً؟**» قالوا: ثلاثة دنانير فصلِّ عليها. قال: «**صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ**». قال أبو قتادة: صلِّ عليه يا رسول الله وعليَّ دَيْنُهُ، فصلَّى عليه[٤].

ووجه الدلالة من الحديث أن النبي ﷺ قبل الكفالة من أبي قتادة ﵁ عن الميت دون أن ينقل، أو يذكر قبول الطالب (المكفول

---

(١) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢)؛ والمرغيناني، الهداية (٣/ ١٠٢)؛ والموصلي، الاختيار (٢/ ١٧٠)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٢٨٣)؛ والميداني، اللباب في شرح الكتاب (١/ ١٥٨)؛ وعلي حيدر، درر الحكام (١/ ٧٤٠).

(٢) المراجع نفسها.

(٣) ينظر: الغزالي، الوجيز (١/ ١٤٠).

(٤) أخرجه: البخاري وغيره، وقد سبق تخريجه بشيء من التفصيل.

له). ولو كان لقبوله أهمية لنص على ذلك[1].

٢ ـ من المعقول:

ـ إنَّ في الكفالة نفعاً للطالب بانضمام ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة، وليس في هذا ضرر عليه فلا حاجة لقبوله[2].

ـ الكفالة هي التزام المطالبة بما على الأصيل شرعاً، ولا تمليك في هذا، ولذا فإنها تتم بإيجاب الكفيل ودون قبول الطالب، فأشبه النذر[3].

ـ إنَّ الضمان وثيقة لا يعتبر فيها القبض فلم يعتبر فيها رضا المضمون له فأشبهت الشهادة[4] في كونها تصح بدون رضا المشهود له[5].

أ ـ دليل أصحاب القول الثاني:

استند أصحاب القول الثاني إلى المعقول لدعم رأيهم في اشتراط قبول الطالب (المكفول له) لصحة انعقاد الكفالة، ويمكن توضيح وجهة نظرهم كما يلي[6]:

---

(١) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:١٩٣؛ ومحمود أحمد مروح، الكفالة (ط:١؛ الأردن: دار النفائس، ١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠٣م) ص:٣٨.

(٢) محمود مروح، المرجع نفسه ص:٣٩.

(٣) محمود مروح، المرجع نفسه.

(٤) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٥٩١)؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى (٣/ ٣٠٠).

(٥) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:١٩٣.

(٦) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٢)؛ والمرغيناني، الهداية (٣/ ١٠٢)؛ والموصلي، الاختيار (٢/ ١٧٠)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٢٨٣)؛ والميداني، اللباب (١/ ١٥٨)؛ وعلي حيدر، درر الحكام (١/ ٧٤٠)؛ والشيرازي، المهذب (١/ ٤٤٧ ـ ٤٤٨).

إنَّ الكفالة عقد تمليك فيشترط لها القبول في المجلس كما في سائر التمليكات، فهي ليست التزاماً محضاً بل فيها معنى التمليك، وهذا لا يتم إلا بالإيجاب والقبول كالبيع والزواج، فكان لا بد من قبول المكفول له أو قبول أجنبي عنه في المجلس.

ويستثني أصحاب هذا القول مسألة مفادها أنه إذا قال المريض لوارثه: تكفَّل عنِّي بما عليَّ من الدَّين لفلان، فتكفَّل به مع غيبة الغريم (صاحب الدَّين)، فالكفالة صحيحة، وتُعَدُّ حالة استثنائية.

• المناقشة والترجيح:

أ ـ مناقشة دليل أصحاب القول الثاني:

لقد بنى أصحاب القول الثاني رأيهم على أن الكفالة عقد يحمل معنى التمليك، والكفالة في حقيقتها ليست كذلك؛ وإنما هي عقد يقتضي الالتزام المحض، ويتحقق هذا بالإيجاب دون القبول، والالتزام على الكفيل وحدهُ، ولا ضرر بذلك على الطالب[1].

ب ـ الترجيح:

يظهر ـ والله أعلم ـ رجحان قول الجمهور في عدم اشتراط القبول من الطالب، وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من المعارض وخاصة حديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه، والذي لم يُنص فيه على قبول الطالب. أما دليل القول الثاني فإنه عقلي، وقد أمكن الرد عليه وبيان عدم وجاهته في الدلالة على المطلوب[2].

---

(١) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص: ١٩٤، ومحمود مروح، المرجع السابق ص: ٣٩.

(٢) ينظر: د. صالح الهليل، المرجع نفسه؛ ومحمود مروح، المرجع نفسه ص: ٤٠.

* **الفرع الثاني: شروط الكفالة**

إنَّ شروط الكفالة هي شروط أركانها، وقد وضع الفقهاء شروطاً خاصةً بكل ركن، وهي كالآتي:

أولاً: شروط الكفيل

اشترط الفقهاء في الكفيل شروطاً تصح معها كفالته، وتتمثل فيما يلي:

١ ـ العقل:

يشترط أن يكون الكفيل عاقلاً جائز التصرف، صحيح التبرع؛ لأن الكفالة إيجاب مال، فلا تصح كفالة المجنون والمعتوه والصبي غير المميز[(١)].

٢ ـ البلوغ:

فلا تنعقد الكفالة من الصبي المميز غير البالغ[(٢)]. وقد سبق ترجيح القول بمنع تصرفات الصبي المميز إلا بإذن الوليّ. إلا أنه يتأكد المنع هنا من قبول الصبي غير البالغ كفيلاً كون مضمون الكفالة تبرع، في حين أن إجازة تصرف الصبي بإذن الولي في البيوع ونحوها مما فيه مصلحة للصغير. وعليه فما دامت الكفالة لا وجه فيها لمصلحته باعتبارها تبرعاً،

---

(١) ينظر: السرخسي، المبسوط (٢٠/ ٢١)؛ والكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٥)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٤١٧)؛ ومحمد قدري باشا، مرشد الحيران، المادة: ٨٤١، ص:٢١٨؛ والشيرازي، المهذب (١/ ٤٤٧)؛ والنووي، روضة الطالبين (٤/ ٢٤١)؛ والمجموع (١٤/ ١٠)؛ الشربيني، الإقناع ص:٣١٣؛ وابن جزي، القوانين الفقهية ص:٣٥٣؛ والصاوي، بلغة السالك (٢/ ١٥٦)؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٥٩٨)؛ والمرداوي، الإنصاف (٥/ ١٩٢)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٣/ ٣٥٢).

(٢) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٥٩٩).

فالقول بالمنع المطلق لقبول الصبي المميز غير البالغ كفيلا هو الأولى بالقبول.

٣ ـ الاختيار:

يشترط أن يكون الكفيل مختاراً؛ لأن الضمان تبرع بالتزام الحقِّ فيعتبر رضاه؛ كالتبرع بالأعيان، وعليه فإن أُكره الضامنُ فالكفالة باطلة[(١)]. وقد تقدم بحث تصرفات المكره، وأقوال الفقهاء فيها، مع الاستدلال والمناقشة، وترجيح بطلان تصرفاته حال الإكراه، فلا يصح ضمانه بناء على ذلك.

٤ ـ عدم الإفلاس:

وقد اختلف الفقهاء في ضمان المفلس على قولين هما:

ـ **القول الأول: يصح أن يكون الكفيل مفلساً.**

وهذا القول هو المذهب عند الشافعية[(٢)]، وأصح الروايتين عند الحنابلة[(٣)]، ولازم قول أبي حنيفة (ت١٥٠هـ) في الحجر، حيث يرى أنه لا يحجر على الحُرِّ البالغ العاقل، وبناء على هذا يصح ضمانه كسائر تصرفاته إذا كان مفلساً[(٤)].

---

(١) ينظر: المرغيناني، الهداية (١/ ١٥٥)؛ وعلي حيدر، درر الحكام (١/ ٧٤٩)؛ والدردير، الشرح الصغير (٢/ ١٤٤)؛ والنووي، المجموع (١٤/ ٧)؛ والشربيني، الإقناع ص:٣١٣؛ وابن الجوزي، المذهب الأحمد ص:٦٢؛ والبهوتي، الروض المربع (٢/ ١٨٢)؛ والرحيباني، مطالب أولي النهى (٣/ ٣٠٠).

(٢) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٤٧)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ٢٧)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٤/ ٤٣٤).

(٣) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٥٩٩)؛ والمرداوي، الإنصاف (٥/ ١٩٠)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٣/ ٣٦٢).

(٤) ينظر: السرخسي، المبسوط (٢٠/ ١٠)؛ والزيلعي، تبيين الحقائق (٥/ ١٩٢)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٦/ ١٤٧).

ـ **القول الثاني: يشترط أن يكون الكفيل مليئاً غير مفلس.**

وذهب إلى هذا القول المالكية[(١)]، وهو الرواية الثانية عند الحنابلة[(٢)].



أ ـ أدلة أصحاب القول الأول:

استند أصحاب القول الأول إلى أدلة عقلية لإثبات صحة حصول الكفالة من الكفيل المفلس، وهي:

١ ـ إن مضمون الكفالة يتمثل في إيجاب مالٍ في الذمة، وإن المفلس ممنوع من التصرف في الأموال الحاضرة، أما ما يتعلق بالذمة فليس هناك مانع من أن يكون كفيلاً قياساً على الشراء في الذمة، ذلك أن تصرف الكفيل المفلس هذا لا ضرر فيه على الغرماء[(٣)].

٢ ـ إن الراهن له مطلق الحرية في التصرف فيما عدا الرهن، وكذلك الأمر في المفلس، فله أن يتصرف فيما عدا المال الممنوع من التصرف فيه حفظاً لحق الدائنين[(٤)].

---

(١) ينظر: الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل (٦/ ٢٢)؛ والتسولي، البهجة شرح التحفة (١/ ١٨٦)؛ ومحمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٣٤١).

(٢) ينظر: ابن مفلح، المبدع (٤/ ٢٥١)؛ والمرداوي، الإنصاف (٥/ ١٩٠ ـ ١٩١).

(٣) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٤٧)؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٥٩٩)؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ١٨٨.

(٤) ينظر: السرخسي، المبسوط (٢٠/ ١٠)؛ وابن قدامة، المرجع نفسه؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ١٨٨).

ب ـ دليل أصحاب القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بأدلة عقلية أهمها:

١ ـ إن المفلس محجور عليه، ومن ثم لا تصح تصرفاته ومنها الكفالة[١].

٢ ـ إن الكفالة تبرُّعٌ ومعروفٌ، ومعروفُ المفلس لا يصح[٢].

٣ ـ إن المحجور عليه للدَّين لا ينفذ تبرعه إلا بإجازة الدائن، ومن ثم فتصرفه باطل، وبالتالي تكون كفالته غير صحيحة[٣].

• المناقشة والترجيح:

أ ـ مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني:

إن مؤدى ما استدل به أصحاب القول الثاني أن المفلس ممنوع من التصرف في أمواله، وأن الكفالة تبرع فهي أولى بالمنع. لكن هذا القول بتعميم الحجر على المفلس إلى جميع تصرفاته غير وجيه، إذ مقتضى الحجر المنع من التصرف في المال بالاتفاق، وإن الكفالة خلاف ذلك، فهي تصرف في الذمة؛ ومن ثم لا مبرر للمنع من قبولها[٤] بشرط أن تكون مطالبة الكفيل المفلس بما ضمنه بعد فك الحجر عنه لا قبله[٥].

---

(١) ينظر: علي بن محمد العدوي، حاشية العدوي على شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل (٦/ ٢٢).

(٢) ينظر: محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٣٤١).

(٣) ينظر: السرخسي، المبسوط (٢٠/ ١١)؛ وابن الهمام، شرح فتح القدير (٧/ ١٨٢ ـ ١٨٣)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٤٢٨).

(٤) ينظر: الشربيني، مغني المحتاج (٢/ ١٩٩)؛ والمرداوي، الإنصاف (٥/ ١٩١).

(٥) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:١٨٩.

ب ـ الترجيح:

يظهر لي ـ والله أعلم ـ أن القول الأول الذي يرى جواز كفالة المفلس هو الأولى بالقبول، وذلك لأن الكفالة بالمال بعد الحجر عليه التزام في الذمة يطالب بها بعد فك الحجر عليه، فلا يُرتب هذا الالتزام ضرراً على غرمائه، وبالتالي فإنه لا يمنع من أداء المعروف أو بذل التبرعات، ويترتب على الأخذ بهذا الرأي: أن المكفول له لا يشارك الغرماء الذين حجر عليه لدينهم وإنما يؤخر ذلك إلى مال لا يتناوله الحجر عليه؛ لأن ما استحقه مستحدث بعد الحجر، وبالتالي يكون مال الكفالة فيما يستفيده بعد الحجر[١].

ثانياً: شروط المكفول له

معرفة الكفيل للمكفول له. وقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط على قولين:

ـ القول الأول: تصح الكفالة وإن لم يكن الكفيل على معرفة بالمكفول له.

وذهب إلى هذا القول المالكية[٢]، وهو وجه عند الشافعية[٣]، والمذهب عند الحنابلة[٤].

---

(١) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير (٨/ ١٤٣)؛ ود. صالح الهليل، المرجع نفسه؛ ود. أحمد برج، الكفالة بالمال ص:٣٨.

(٢) ينظر: المواق، التاج والإكليل (٥/ ١٠٠)؛ ومحمد عرفة، حاشية الدسوقي (٣/ ٣٣٤).

(٣) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٤٨)؛ والغزالي، الوجيز (١/ ١١٠).

(٤) ينظر: المرغيناني، الهداية (١/ ١٥٥)؛ وابن تيمية الجد، المحرر في الفقه (١/ ٣٤٠)؛ والمرداوي، الإنصاف (٥/ ١٩٥)؛ والبهوتي، الروض المربع (٢/ ١٨٢).

ـ **القول الثاني: لا تصح الكفالة مع جهالة الكفيل للمكفول له.**

وذهب إلى هذا القول الحنفية[1]، وهو الأصح عند الشافعية[2].

الأدلة:

أ ـ أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بالسُّنَّة والمعقول.

١ ـ من السُّنَّة:

ـ حديث سلمة بن الأكوع ﵁ قال: كنا جلوساً عند النبي ﷺ إذ أتي بجنازة. فقالوا: صلِّ عليها، فقال: «**هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟**» قالوا: لا. قال: «**فَهَلْ تَرَكَ شَيْئاً؟**» قالوا: لا. فصلى عليه. ثم أتي بجنازة أخرى. فقالوا: يا رسول الله صلِّ عليها. قال: «**هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟**» قيل: نعم. قال: «**فَهَلْ تَرَكَ شَيْئاً؟**» قالوا: ثلاثة دنانير فصلِّ عليها. قال: «**صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ**». قال أبو قتادة: صلِّ عليه يا رسول الله وعليَّ دَيْنُهُ، فصلَّى عليه[3].

ووجه الدلالة من الحديث أن أبا قتادة ﵁ تكفل بأداء دين الميت وأقره الرسول ﷺ ولم يسأله عن معرفته للمكفول له أو عدمها[4]. ولما

---

(١) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/٩)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/٣٠٨).

(٢) ينظر: الغزالي، الوجيز (١/١١٠)؛ والنووي، المجموع (١٤/٥)، وروضة الطالبين (٢/٢٤٠)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/٢٠٠).

(٣) أخرجه: البخاري وغيره، وقد سبق تخريجه بشيء من التفصيل.

(٤) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/٤٤٨)؛ وابن قدامة، المغني (٤/٥٩٢)؛ والشوكاني، نيل الأوطار (٥/٢٨٣).

لم يسأل النبي ﷺ عن ذلك ـ وهو وقت البيان ـ دلّ على عدم اعتبار معرفة الكفيل للمكفول له[1].

ـ حديث علي رضي الله عنه «كان رسول الله إذا أتي بجنازة لم يسأل عن شيء من عمل الرجل ويسأل عن دَيْنِهِ، فإن قيل: عليه دَيْنٌ كف، وإن قيل: ليس عليه دَيْنٌ صلَّى، فأتي بجنازة، فلما قام ليكبِّر سأل هل عليه دَيْنٌ؟ فقالوا: ديناران، فعدل عنه، فقال عَلِيٌّ: هُمَا عَلَيَّ يا رسول الله وهو بريء منهما، فصلَّى عليه ثم قال: **جَزَاكَ اللهُ خَيْراً وَفَكَّ اللهُ رِهَانَكَ كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيكَ**»[2].

ووجه الدلالة ـ أيضاً ـ في عدم سؤال علي رضي الله عنه عن غريم صاحب الجنازة[3].

٢ ـ من المعقول:

إن الكفالة في حقيقتها تبرع بالتزام مالٍ، فلا تؤثر فيه الجهالة من المتبرع قياساً على النذر[4].

وعلى هذا لا ضرورة لمعرفة المكفول له، فالمقصود من الكفالة ضمان الحق، وإذا ظهر المكفول له وطالب بحقه قام الكفيل بأداء ما التزم به ولا حاجة لمعرفته أصلاً[5].

ب ـ دليل القول الثاني:

استند القائلون باشتراط معرفة الكفيل للمكفول له بدليل عقلي،

---

(١) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:١٨٩.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير (٨/ ١٠٩)؛ وابن قدامة، المغني (٥/ ٢٣٦)؛ والشوكاني، نيل الأوطار (٥/ ٢٨٣).

(٤) ينظر: ابن قدامة، المرجع نفسه (٤/ ٥٩٢).

(٥) محمود مروح، الكفالة ص:٤٣.

مؤداه أن معرفة الكفيل للمكفول له تجعل الكفيل يدخل في الكفالة على بصيرة من أمره؛ فيعلم هل يصلح المكفول له لمعاملته أم لا يصلح[1]، إذ الناس متفاوتون في المطالبة تشديداً وتسهيلاً[2].

• المناقشة والترجيح:

أ ـ مناقشة أدلة القول الأول:

يمكن الاعتراض على ما استدل به أصحاب القول الأول من السُّنَّة بأن الحديثين لم يتطرقا إلى كون أبي قتادة أو علي رضي الله عنهما على معرفة أو عدم معرفة بالمكفول له. ومن ثم فعدم ذكر المعرفة لا ينفي وجودها.

كما أن المتبادر إلى الأذهان من خلال تصوّر واقع الحياة الاجتماعية في حياة الرسول ﷺ، ومعرفة الناس ببعضهم وأحوالهم مع قلة عددهم، وعدم تشعب المعاملات بينهم. كل ذلك يرجح وجود معرفة كافية بينهم فيما يتعلق بما يلزمون أنفسهم به من تصرفات شرعية، ومنها ما يخص موضوعنا وهو معرفة الكفيل بالمكفول له.

أما القول بأنه لا ضرورة لمعرفة الكفيل بالمكفول له فغير مسلّم به؛ لأن تشعب الحياة ومصالحها، واختلاف الناس وأخلاقهم، وكذا المخاصمة، وطلب الحق كل ذلك يقتضي معرفة الغرماء لبعضهم، وإلا كيف يؤدي الضامن التزامه للطالب، أو يرد طلبه إن لم يكن معروفاً لديه معرفة عينية[3].

ب ـ مناقشة دليل أصحاب القول الثاني:

إن الدليل العقلي المستند إليه لا يتوافق مع ما استدل به أصحاب

---

(١) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٤٨)؛ وابن قدامة، المغني (٥/ ٢٣٦).

(٢) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير (٨/ ١٠٩)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٤/ ٤٣٧).

(٣) د. محمود مروح، الكفالة بالمال ص: ٤٣.

القول الأول من السُّنَّة النبوية؛ فلا يقوى الدليل العقلي على نقض ما ثبت بالنص[1].

جـ - الترجيح:

يظهر - والله أعلم - رُجْحَان القول الثاني الذي يشترط معرفة الكفيل للمكفول له. وذلك للأسباب التالية:

١ - ظهور عدم وجاهة ما استدل به أصحاب القول الأول من السُّنَّة النبوية، ومن ثم عدم وجاهة الاعتراض الموجه لنقض الدليل العقلي لأصحاب القول الثاني.

٢ - تركيز الدليل العقلي لأصحاب القول الأول على مضمون الكفالة ومقصدها، وهذا لا خلاف فيه، إلا أن مدى تحققها واقعياً، وما يترتب عليه من ضمان مالي، مع كثرة الناس وتعدد المعاملات وتباين الأخلاق يجعل باب الخصومات مفتوحاً؛ ومن ثم يقتضي الأمر معرفة أطراف المعاملة لبعضهم.

٣ - لو قيل بعدم اشتراط التعريف بين أطراف العلاقة لضاعت الحقوق، وتصدعت العلاقات الإنسانية، وأصبح حال المجتمع في فوضى، وتفادياً لهذه الأخطار فالعمل بالقول الثاني أولى.

ثالثاً: شروط المكفول عنه

يشترط أن يكون المكفول عنه معروفاً لدى الكفيل، وهذا الشرط محل اختلاف بين الفقهاء، **ولهم في المسألة قولان:**

- **القول الأول**: يشترط لصحة الكفالة معرفة الكفيل للمكفول عنه، فإن كان مجهولاً فلا تصح الكفالة، وذهب إلى هذا القول الحنفية[2]،

---

(١) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:١٩٦.

(٢) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/٦)؛ وابن الهمام، شرح فتح القدير (١٨٣/٧).

وهو وجه عند الشافعية[1]، وقول عند الحنابلة[2].

- **القول الثاني**: تصح الكفالة وإن كان المكفول عنه مجهولاً، وذهب إلى هذا القول المالكية[3]، والشافعية في أصح الوجهين عندهم[4]، وهو المذهب عند الحنابلة[5].



أ - دليل القول الأول:

استدل المشترطون معرفة المكفول عنه بدليل عقلي، حيث قالوا: بأن معرفة الكفيل للمكفول عنه تحقق جملة فوائد منها: معرفة يسره أو عسره، ومعرفة مبادرته إلى قضاء دينه من عدمها، ومعرفة استحقاقه اصطناع المعروف معه أم لا؟ فإذا عرفت حاله دخل الكفيل معه على بصيرة من أمره[6].

ب - دليل القول الثاني:

استند المجيزون للكفالة دون معرفة المكفول عنه إلى مفهوم حديث

---

(١) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٤٨)؛ والغزالي، الوجيز (١/ ١٤٠)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ٢٧٢).

(٢) ينظر: ابن تيمية الجد، المحرر في الفقه (١/ ٣٤٠)؛ ابن قدامة، المغني (٥/ ٢٣٦)؛ والمرداوي، الإنصاف (٥/ ١٩٥).

(٣) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٣٥٤)؛ والأزهري، جواهر الإكليل (٢/ ١١٠)؛ ومحمد عليش، شرح منح الجليل (٣/ ٢٥٢).

(٤) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٤٨)؛ والنووي، روضة الطالبين (٤/ ٢٤٠)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ٢٠٠).

(٥) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٥٩١)؛ والمرداوي، الإنصاف (٥/ ١٩٥)؛ والبهوتي، الروض المربع (٢/ ١٨٢).

(٦) ينظر: الشربيني، مغني المحتاج (٢/ ٢٠٠)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٤/ ٤٣٨).

سلمة بن الأكوع رضي الله عنه وفيه: كنا جلوساً عند النبي ﷺ إذ أتي بجنازة. فقالوا: صلِّ عليها، فقال: «**هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟**» قالوا: لا. قال: «**فَهَلْ تَرَكَ شَيْئاً؟**» قالوا: لا. فصلى عليه. ثم أتي بجنازة أخرى. فقالوا: يا رسول الله صلِّ عليها. قال: «**هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟**» قيل: نعم. قال: «**فَهَلْ تَرَكَ شَيْئاً؟**» قالوا: ثلاثة دنانير فصلِّ عليها. قال: «**صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ**». قال أبو قتادة: صلِّ عليه يا رسول الله وعليَّ دَيْنُهُ، فصلَّى عليه[(١)].

ووجه الدلالة منه أن أبا قتادة رضي الله عنه ضمن دين إنسان لا يعرفه، وأقره الرسول ﷺ ولم يستفسر عن معرفة أبي قتادة للمضمون عنه؛ فدلَّ على أن معرفة الضامن للمضمون عنه لا تشترط[(٢)].

يضاف إلى ذلك أن الجهالة بالمكفول عنه غير ضارة بالعقد، فقد صحَّت الكفالة دون إذنه ورضاه؛ فكذا تصح دون معرفته[(٣)].

• المناقشة والترجيح:

أ ـ مناقشة دليل القول الثاني:

إن حديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه المستند إليه لا يدل على عدم اشتراط معرفة الضامن للمضمون عنه؛ ذلك أن المظنون عقلاً أنَّ أبا قتادة رضي الله عنه كان يعرف الميت، حيث يغلب على الظن كونهما من بلد واحد، فلا يتعين القول أنَّ أبا قتادة ضمن دَيْنَ من لا يعرفه[(٤)].

ب ـ الترجيح:

من خلال عرض وجهة نظر الطرفين، وبعد مناقشة ما استدل به

---

(١) أخرجه: البخاري وغيره، وقد سبق تخريجه بشيء من التفصيل.

(٢) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٤٨)؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٥٩٢).

(٣) ينظر: النووي، روضة الطالبين (٤/ ٢٤٠)؛ والشربيني، الإقناع ص:٣١٣؛ والمرداوي، الإنصاف (٥/ ١٩٥).

(٤) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:١٩٨.

الفريق الثاني، يترجح القول الأول القاضي باشتراط معرفة الكفيل للمكفول عنه، وذلك للأسباب التالية:

١ - قوة دليل الفريق الأول ووجاهة تحقيقه لمقاصد الكفالة وأهدافها.

٢ - ظهور ضعف وجه استدلال أصحاب القول الثاني بالحديث الشريف.

٣ - إنَّ الكفالة تقوم على التعاون والتآزر، وهذا لا يتم إلا بالتعارف.

رابعاً: شروط المكفول به

١ - يشترط أن يكون الدَّين المكفول به ثابتاً حال العقد.

وقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط على قولين:

- **القول الأول: تصح الكفالة بالدَّين قبل ثبوته.**

وذهب إلى هذا القول الحنفية(١)، والمالكية(٢)، والحنابلة(٣).

- **القول الثاني: يشترط ثبوت الدَّين لصحة الكفالة به.**

وذهب إلى هذا القول الشافعي (ت٢٠٤هـ) في الجديد(٤)، وأهل الظاهر(٥).

---

(١) ينظر: الموصلي، الاختيار (٢/ ٢٧٤)؛ والكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ١٠)؛ وابن الهمام، شرح فتح القدير (٧/ ١٨١).

(٢) ينظر: ابن عبد البر، الكافي ص:٣٩٨؛ وابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٢٩٨)؛ وابن جزي، القوانين الفقهية ص:٣٥٣.

(٣) ينظر: ابن تيمية الجد، المحرر في الفقه (١/ ٣٤٠)؛ وابن الجوزي، المذهب الأحمد ص:٦٣؛ ابن قدامة، المغني (٤/ ٥٩٢).

(٤) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير (٨/ ١١٨)؛ والغزالي، الوجيز (١/ ١٤٠)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ٢٠٠).

(٥) ينظر: ابن حزم، المحلى (٨/ ٥٣٣).

الأدلة:

أ ـ أدلة القول الأول:

استند أصحاب القول الأول إلى الكتاب والسُّنَّة والمعقول.

١ ـ من الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾﴾ [يوسف: ٧٢].

ووجه الدلالة أن حِمْلَ البعير قد ضُمِنَ مع أنه لم يكن وجب بعد[١]؛ إذ لا يجب قبل تمام العمل؛ فدلَّ ذلك على صحة الكفالة قبل ثبوت المكفول به[٢].

٢ ـ من السُّنَّة:

ـ حديث أبي أمامة رضي الله عنه قال: سمعتُ رسول الله ﷺ يقول في الخُطبة عام حجّة الوداع: «**العَارِيَةُ مُؤَدَاةٌ، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ، وَالدَّيْنُ مَقْضِيٌّ**»[٣].

ووجه الدلالة من الحديث كونه ورد عامّاً في الكفالة، بحيث لم يفرِّق بين دَيْنٍ ثابت أو غير ثابت، فيبقى على عمومه[٤].

٣ ـ من المعقول:

ـ إن رسول الله ﷺ حينما ولَّى زيد بن حارثة رضي الله عنه جيش الأمراء، قال: «**فإن مات، فالأمير جعفر بن أبي طالب، فإن مات فالأمير عبد الله بن رواحة**»؛ فكما تجوز المخاطرة في الولايات فهي جائزة في الكفالة[٥].

---

(١) ينظر: ابن مفلح، المبدع (٤/ ٢٥٣)؛ وابن قدامة، الكافي (٢/ ٢٣١)؛ والرحيباني، مطالب أولي النهى (٣/ ٣٠٠).

(٢) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٢٠٠.

(٣) أخرجه: الترمذي، وقد سبق تخريجه بشيء من التفصيل.

(٤) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٥٩٢).

(٥) ينظر: ابن حزم، المحلى (٨/ ٤٠٥).

- إن معنى الكفالة يتحقق عند ثبوت الدَّين، وصحَّة الكفالة معلقة يقتضي صحتها بما سيثبت في الذمة من الدَّين، إذ المال في الحالين واحد[1].

ب ـ أدلة القول الثاني:

استند المشترطون لثبوت الدَّين قبل الكفالة إلى أدلة عقلية منها:

١ ـ إنَّ الكفالة بالمال وثيقة بالحق كالشهادة؛ فلا يصح أن تسبق ثبوت الدَّين، وذلك كما لا يصح أن نأتي بالشهود ليشهدوا على ما لم يقع[2].

٢ ـ إنَّ الكفالة عقد واجب، ولا يجوز الواجب فيما لم يجب[3].

٣ ـ إنَّ الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في الدَّين، والدَّين قبل ثبوته لا تشغل به ذمة، فلا يتحقق لذلك معنى للكفالة وهو ضم ذمة إلى ذمة فيه[4].

٤ ـ إنَّ كفالة ما لم يجب بعد لا تصح؛ لأنه شرط ليس في كتاب الله ﷻ، وقد قال ﷺ: **«كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ»**[5].

• المناقشة والترجيح:

أ ـ مناقشة استدلال أصحاب القول الأول:

- يمكن أن يجاب عن الاستدلال بالآية الكريمة أنه غير وجيه، وذلك للاختلاف البيّن بين ضمان الجعل وكفالة الدَّين؛ فضمان الجعل مرتبط بالقيام بعمل مطلوب يتقاضى صاحبه الأجر الموعود إن أتى بالمطلوب، في حين نجد كفالة الدين عملاً تطوعياً، وإن لم يكن الدَّين ثابتاً فعلاً صارت الكفالة لا معنى لها؛ لأنها عقد على معدوم.

---

(١) ينظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير (٧/ ١٨١)؛ وابن قدامة، المغني (٥/ ٢٣٧).
(٢) ينظر: ابن حزم، المحلى (٦/ ٤٠٥)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ٢٠٠)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٤/ ٤٣٨).
(٣) ينظر: ابن حزم، المحلى (٨/ ٥٣٤).
(٤) ينظر: ابن حزم، المرجع نفسه (٦/ ٤٠٥)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ٢٧٢).
(٥) ينظر: الشوكاني، نيل الأوطار (٦/ ١٧١).

- أما الاستدلال بالحديث بكونه ورد عاماً في الكفالة، بحيث لم يفرِّق بين دَيْنٍ ثابت أو غير ثابت، فلا نرى التسليم به؛ ذلك أن الكفالة إذا أُطلقت فإنما يراد بها عقد على أمر ثابت محقق، أما الأمر المحتمل والنادر فهو أبعد عن المراد ويحتاج إلى تخصيصه بالذكر.

- أما بالنسبة للقياس على الولاية فالظاهر أنه قياس غير موفق؛ ذلك أنه لو صحَّ القياس لكان هذا منه عين الباطل؛ لأنه لا نسبة بين الولاية وبين الكفالة، ولا نسبة بين الوكالة وبين الكفالة؛ لأن الولاية فرض على المسلمين إلى يوم القيامة، وليست الكفالة فرضاً - وأما الحوالة فحكم مختلف جاء به النص[1].

- قال ابن حزم (ت٤٥٦هـ)[2]: نسأل من قال: إن الكفالة تجوز في الدَّين الثابت وغير الثابت - ما الحكم فيمن قال: أنا أكفل لك ما أقرضته زيداً ثم مات، فأقرض المقول له ذلك زيداً ما أمره به؟ أيلزمونه ذلك بعد موته؟ أم لا يلزمونه؟ ولئن لزمه ضمان ذلك في ذمته في حياته، فهو لازم له في ماله، ولا بد بعد موته من رأس ماله. ثم يقول: ونسألهم عن ضمان كل ما يتداين به زيد إلى انقضاء عمره؟ فإن ألزموه ذلك كان شنعة من القول، وإن لم يلزموه تناقضوا. ثم قال: كما لم يجز الغرر والمخاطرة في البيوع، ولا جاز إصداق ما لم يخلق بعد، فكذلك لا يجوز كفالة ما لم يلزم بعد.

ب - مناقشة استدلال أصحاب القول الثاني:

- إن قياس الكفالة على الشهادة لا يسلَّم به؛ ذلك أنه معارض لمفهوم النصَّين السابقين[3].

- إن الكفالة عقد جائز غير واجب[4]، والقول بالوجوب مبني على

---

(١) ينظر: ابن حزم، المحلى (٦/ ٤٠٥).

(٢) ينظر: المرجع نفسه.

(٣) ينظر: المرجع نفسه (٨/ ٥٣٤).

(٤) ينظر: ابن قدامة، الكافي (٢/ ٢٢٨).

رأي المذهب المخالف وهو غير ملزم؛ لأن الاستدلال بالمذهب غير ملزم للخصم[1].

جـ - الترجيح:

بعد عرض أدلة الفريقين، وما ورد عليهما من اعتراضات؛ فإنه يظهر لنا رجحان القول الثاني الذي يرى صحة الكفالة في كل حق ثابت في الذمة وقت إنشاء هذا العقد دون ما عداه. **وذلك للأسباب التالية:**

١ - ظهور عدم وجاهة ما استدل به أصحاب القول الأول بعد عرض الأدلة ومناقشتها.

٢ - تفادي الغرر والمخاطرة التي قد تترتب من جراء جواز الرأي الآخر القائل بجوازها بالحق الثابت وما سيثبت، فقد يزيد هذا المال الذي سيجب إلى الحد الذي لا يقبل الكفيل ضمانه، الأمر الذي يترتب عليه ضرر وأذى والعقد شرع لتوطيد العلاقات الإنسانية، ولم يأت لتبديدها وفسادها.

٣ - إنَّ الدعوى بأن الأخذ برأي الجمهور سيؤدي إلى اليسر في التعامل والمرونة في التطبيق والسرعة في التوثق[2] مردودة بأن الأصل في التعامل التجاري أن يقوم كل من المتبايعين بأداء كافة الحقوق الشرعية المنوطة بهم في مجال الأسواق من حيث التؤدة ومعرفة الثمن وما له وما عليه إلى غير ذلك من حقوق.

٤ - إذا كان الدائن حريصاً على الاستيثاق لحقه لدى المدين؛ فإنه يحق للطرف الثالث (الكفيل) إن رضي ابتداءً بالتحمّل أن يدرك ما سيكلفه على وجه اليقين حتى يقوم به، وإلا دبت الفوضى وضاعت الحقوق وعم الفساد[3].

---

(١) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٢٠١.

(٢) المرجع نفسه ص: ٢٠٢.

(٣) د. أحمد برج، الكفالة بالمال ص: ٦٨ - ٦٩.

٢ ـ أن يكون الدَّين المكفول به معلوماً للكفيل من حيث الجنس والقدر والصفة والعين، فلا تصح كفالة المجهول.

وللفقهاء في اعتبار أو عدم اعتبار هذا الشرط ثلاثة أقوال:

ـ القول الأول: تصح كفالة الدَّين المجهول الذي يؤول إلى العلم وتمكن الإحاطة به.

ولا تصح كفالة الدَّين المجهول الذي لا يؤول إلى العلم.

وهذا القول للحنفية[١]، والحنابلة[٢].

ـ القول الثاني: يشترط العلم بالدَّين المكفول به مطلقاً.

أي: في الحال والمآل.

وذهب إلى هذا القول الشافعي (ت٢٠٤هـ) في الجديد[٣]، وأهل الظاهر[٤]، وابن أبي ليلى (ت٨٢هـ)[٥]، وابن المنذر[٦] (ت٣١٨هـ)[٧]، والثوري (ت١٦١هـ)[٨]، ....

---

(١) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ١٣)؛ وابن الهمام، شرح فتح القدير (٧/ ١٨١)؛ والزيلعي، تبيين الحقائق (٤/ ١٥٣)؛ والبابرتي، العناية على الهداية (٥/ ٤٠٢)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٤١٦).

(٢) ينظر: المرداوي، الإنصاف (٥/ ١٩٥)؛ وابن قدامة، المغني (٥/ ٢٣٧)؛ والرحيباني، مطالب أولي النهى (٣/ ٣٠٠).

(٣) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير (٨/ ١١٨)؛ والغزالي، الوجيز (١/ ١٤٠)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ٢٧٤)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٤/ ٤٤٢).

(٤) ينظر: ابن حزم، المحلى (٦/ ٤٠٤).

(٥) ينظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير (٧/ ١٨١).

(٦) هو محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، أبو بكر، فقيه، أصولي، توفي بمكة. من آثاره: الإشراف، المسائل، إثبات القياس، المبسوط، والإجماع. (ابن خلكان، وفيات الأعيان ١/ ٥٨٣؛ وكحالة، معجم المؤلفين ٣/ ٤١).

(٧) ينظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير (٧/ ١٨١).

(٨) ينظر: ابن قدامة، المغني (٥/ ٢٣٧).

والليث[1] (ت١٧٥هـ)[2].

- **القول الثالث: لا يشترط العلم بالدَّين المكفول به مطلقاً.**

وذهب إلى هذا القول المالكية[3].

الأدلة:

أ - أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بالكتاب والسُّنَّة والمعقول.

١ - من الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾﴾ [يوسف: ٧٢].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أنها أجازت الكفالة بحمل البعير، مع أن الحمل يحتمل الزيادة والنقصان، ويختلف باختلاف قدرة البعير وقوته، وما دام هو كذلك فهو إذاً غير معلوم[4]، إلا أنه يؤول إلى العلم، فدلَّت الآية على جواز كفالة ما يؤول إلى العلم، وإن كان مجهولاً في الحال[5].

٢ - من السُّنَّة:

- حديث أبي أمامة ﵁ قال: سمعتُ رسول الله ﷺ يقول في

---

(١) هو الليث بن سعد بن عبد الرحمٰن الفهمي مولاهم، أبو الحارث، إمام أهل مصر في عصره حديثاً وفقهاً، أصله من خراسان، ومولده في قلقشندة عام ٩٤هـ، ووفاته بالفسطاط. (ابن خلكان، وفيات الأعيان ١/٤٣٨؛ والزركلي، الأعلام ٦/١١٥).

(٢) ينظر: ابن حزم، المحلى (٦/٤٠٤)؛ وابن قدامة، المغني (٥/٢٣٧).

(٣) ينظر: ابن عبد البر، الكافي ص:٣٩٨؛ وابن رشد، بداية المجتهد (٢/٢٩٨)؛ والخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل (٦/٢٥).

(٤) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/١٣)؛ وابن قدامة، المغني (٤/٥٩٢).

(٥) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٢٠٤.

الخُطبة عام حجّة الوداع: «**العَارِيَةُ مُؤَدَاةٌ، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ، وَالدَّيْنُ مَقْضِيٌّ**»[1].

ووجه الدلالة أن قوله ﷺ: «**وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ**» ورد عاماً بحيث لم يفرِّق بين كفالة المعلوم وكذا المجهول، ومن ثم يبقى على عمومه[2]، إذ لا مخصص له[3].

٣ ـ من المعقول:

ـ إن الكفالة مبنية على التوسع إذ هي تبرع فيحتمل فيها الجهالة اليسيرة وغيرها ما دام آيلاً إلى العلم[4].

ـ إنه يصح الضمان على ما فيه ضرر وخطر كما في ضمان العهدة[5]، ....

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٥٩٢).

(٣) ينظر: د. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٢٠٤؛ ود. أحمد محمد برج، الكفالة بالمال ص: ٧٢.

(٤) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق (٤/ ١٥٢ ـ ١٥٣)؛ والبابرتي، العناية على الهداية (٥/ ٤٠٢)؛ وابن الهمام، شرح فتح القدير (٧/ ١٨١).

(٥) ضمان العُهْدَة: هذا المصطلح مستعمل على ألسنة فقهاء الحنابلة وبعض الشافعية، وقليلاً ما يرد عند غيرهم. قال ابن قدامة: ضمان العُهْدَة قد يكون عن البائع للمشتري، وقد يكون عن المشتري للبائع. فضمانه عن المشتري هو أن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه، وإِنْ ظهر فيه عيبٌ أو استحقَّ، رجع بذلك على الضامن. وضمانُهُ عن البائع للمشتري هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً، أو رُدَّ بعيب، أو أرش العيب، فضمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثمن أو جزء منه عن أحدهما للآخر. (ينظر: ابن قدامة، المغني: ٤/ ٥٩٢؛ البهوتي، كشاف القناع: ٣/ ٣٥٧؛ ود. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٢٠٥؛ ود. نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص: ١٨٤ ـ ١٨٥).

والدرك[1]؛ فيصح في المجهول أيضاً[2].

- إن الكفالة تطوع من الكفيل بإلزام نفسه ما لم يكن على وجه المعروف فجاز كالنذر[3].

ب - أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بالكتاب والسُّنَّة والمعقول.

١ - من الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وجه الدلالة من الآية الكريمة أن التراضي لا يتحقق أن يكون الأمر معلوماً[4].

٢ - من السُّنَّة:

حديث أنس بن مالك رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بطِيبِ نَفْسِهِ**»[5].

---

(١) ضمان الدَّرك: الدرك هو التبعة، وضمان الدرك هو أن يلتزم لمن يشتري سلعة أن يرد له ثمنها عن خرجت السلعة معيبة أو ناقصة أو مغصوبة ونحو ذلك. (ينظر: الجرجاني، التعريفات ص:٧٣؛ وعلي حيدر، درر الحكام (١/ ٩٢٤) المادة (٦١٦) من المجلة؛ وابن قدامة، المغني٤/ ٥٩٢؛ ود. نزيه حماد، المرجع السابق ص:١٨٣؛ ود. أحمد محمد برج، الكفالة بالمال ص:٧٦ - ٧٧).

(٢) ينظر: عبد الوهاب البغدادي، المعونة (٢/ ٢٠٢).

(٣) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٢٠٤.

(٤) ينظر: ابن حزم، المحلى (٦/ ٤٠٤).

(٥) أخرجه: الدارقطني، سنن الدارقطني (٣/ ٢٦)، وروي من حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه في حديث طويل من خطبة النبي ﷺ عند: أحمد، المسند (٥/ ٧٢)، والبيهقي، السنن الكبرى (٦/ ١٠٠). قال ابن حجر ت٨٥٢هـ حول حديث أنس: «فيه الحارث بن محمد الفهري راويه عن يحيى بن سعيد =

وجه الدلالة من الحديث أن طيب النفس لا يكون إلا على معلوم القدر، وهذا أمرٌ يعلم بالحسِّ والمشاهدة[1].

٣ ـ من المعقول:

ـ إن الكفالة إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد، فأشبه البيع والإجارة، فلا يصح ضمان المجهول ولا غير المعين؛ كأحد الدينين[2].

ـ لا يصح ضمان المجهول؛ لأنه التزام مال فلم يصح مجهولاً كالثمن في البيع[3].

جـ ـ أدلة القول الثالث:

استند أصحاب القول الثالث إلى القياس في قولهم بجواز كون الدَّين المكفول به مجهولاً، حيث قالوا بأن الكفالة من باب المعروف فتصح في المجهول قياساً على صحة هبة المجهول بجامع المعروف في كل منهما.

• المناقشة والترجيح:

أ ـ مناقشة أدلة القول الأول:

إن الاستدلال بالآية الكريمة لا يفيد؛ لأنه ورد حكاية عن سيدنا

= الأنصاري مجهول»، وقال بشأن حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه: «وفيه علي بن زيد بن جدعان وفيه ضعف». وقال أيضاً: ورواه ابن حبان في صحيحه والبيهقي من حديث أبي حميد الساعدي بلفظ «**لا يحل لامرئ أن يأخذ عصى أخيه بغير طيب نفس منه**»، وذلك لشدة ما حرم الله مال المسلم على المسلم ثم قال: «وحديث أبي حميد أصح ما في الباب». (ينظر: ابن حجر، التلخيص الحبير ٣/ ٤٥ ـ ٤٦؛ والهيثمي، مجمع الزوائد ٣/ ٢٦٥ و٤/ ١٧١ ـ ١٧٢).

(١) ينظر: ابن حزم، المحلى (٦/ ٤٠٤).

(٢) ينظر: حاشية الشرقاوي على التحرير (٢/ ١٢٠)، حاشية البيجرمي على الخطيب (٣/ ١١٦) بواسطة: د. أحمد برج، الكفالة بالمال ص: ٧١.

(٣) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٣٤٠)؛ الشربيني، مغني المحتاج (٢/ ٢٧٤).

يوسف عليه السلام وقومه، ومعلوم أن شرع من قبلنا لا يلزمنا[1].

وعلى فرض قبوله فإنه يمكن أن يقال: بأن حمل البعير قد يكون وزناً معروفاً أو كيلاً معهوداً عندهم في ذلك الزمن، كما يتعارف الناس في زماننا ـ كما يقول ابن الهمام (ت٦٨١هـ) ـ: إن الحمل خمسمائة رطل؛ ومن ثم لا وجه للاستدلال بالآية المذكورة[2].

ب ـ مناقشة أدلة القول الثاني:

ـ إن الاستناد إلى الآية الكريمة من سورة النساء وكذا الحديث لا يفيد الشرط المدَّعى؛ ذلك أن التراضي وطيب النفس يمكن حصولهما إذا كان الدَّين المكفول به مآله إلى العلم به كما يحصلان بالدَّين المعلوم فعلاً ومن ثم لا وجه للاحتجاج بالآية والحديث.

ـ إن القياس المدَّعى غير سليم؛ لأنه قياس مع الفارق، ذلك أن الكفالة عقد تبرع بقصد التوسعة على الناس. أما البيع فهو عقد معاوضة تدخله المماكسات، وكذلك شأن الإجارة إذ هي من بيع المنافع، ومن ثم لا يقاس أحدهما على الآخر للفارق بينهما[3].

جـ ـ مناقشة أدلة القول الثالث:

يمكن مناقشة ما استدل به أصحاب القول الثالث بأن قياس الكفالة على الهبة بجامع المعروف فيهما لا يستقيم؛ ذلك أن الكفالة التزام بالضمان، بحيث يعود المدين بمبلغ الدَّين على الكفيل إن حصل وأن سدد هذا الأخير عليه دينه، في حين تكون الهبة محض تبرع لا يترتب على الموهوب له أي التزام نحو الواهب. ومن ثم فالقياس المذكور هو قياس مع الفارق لا يثبت به المطلوب.

---

(١) ينظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير (٧/ ١٨٢).

(٢) ينظر: ابن الهمام، المرجع نفسه.

(٣) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٢٠٦.

د ـ الردود:

ردَّ أصحاب القول الأول على الاعتراض الموجه على الاحتجاج بالآية الكريمة من سورة يوسف بأن جمهور الفقهاء اتفقوا على أن شرع من قبلنا إذا لم يرد في شرعنا ما يخالفه من الأدلة المعتبرة يكون حجة(١).

ويمكن ردُّ القول باحتمال كون الحمل معلوماً بأنه مجرد احتمال قد يصدق وقد لا يصدق.

وما دام الأمر على هذا الوجه فأسلم توجيه للمسألة يقتضي القول بأن الحمل قد يكون معلوماً أو يؤول إلى العلم، وهذا يبعد تصور أي نزاع في ضمان الجعل.

أما ما يثير الإشكال فعلاً فهو القول بأن الحمل مجهول، وهذا ما نستبعده ولا نقول به.

هـ ـ الترجيح:

يظهر ـ والله أعلم ـ رجحان القول الأول القاضي بصحة كفالة الدَّين المجهول الذي يؤول إلى العلم وتمكن الإحاطة به، وعدم صحة كفالة الدَّين المجهول الذي لا يؤول إلى العلم.

وسبب الترجيح ما يأتي:

١ ـ قوة أدلة أصحاب القول الأول، وسلامة معظمها من المعارض بعد عرض الأدلة ومناقشتها، والردود على الاعتراضات.

٢ ـ ظهور عدم وجاهة ما استدل به أصحاب القولين الثاني والثالث بعد عرض الأدلة ومناقشتها.

٣ ـ إن كفالة المجهول الآيل إلى العلم لا مضرة فيه، ولا يؤول إلى المجادلة والمخاصمة، بخلاف المجهول حالاً ومآلا فقد يكون سبباً في المخاصمة، وهي من الأمور التي ينبغي حماية المجتمع منها(٢).

---

(١) ينظر: ابن العربي، أحكام القرآن (٣/١٠٨٦).

(٢) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٢٠٧.

ولعل من أوضح صور كفالة الدَّين المجهول الآيل إلى العلم ما نجده في بيوع التقسيط، حيث يلجأ البعض إلى شراء سيارة ـ مثلاً ـ من وكيل معتمد، ويدفع جزءاً من الثمن وفق ما تيسر لديه، ويقوم طرف موثوق بكفالته فيما اشتراه، دون أن يعلم المبلغ المدفوع أو المتبقي، إلا أنه يعلم أن السلعة المشتراة سيارة من نوع كذا، وبإمكانه التعرف على المبلغ المستحق فيما بعد. وفي أغلب الأحوال لا يُقْدِم المرءُ على كفالة من هذا النوع إلا إذا كان لديه الاستعداد الكامل لتحمُّل كل تبعات تلك المعاملة.

٣ ـ ألا يكون الدَّين المراد كفالته دَيْن ميت مفلس.

وبناء على هذا الشرط لا تصح كفالة دَيْن الميت المفلس.

وقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط على قولين:

ـ القول الأول: تصح كفالة دين الميت مطلقاً.

وذهب إلى هذا القول المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، والصاحبين من الحنفية[٤].

ـ **القول الثاني**: لا تصح كفالة دين الميت المفلس، وذهب إلى هذا القول أبو حنيفة النعمان (ت١٥٠هـ)[٥]، وسفيان الثوري (ت١٦١هـ)[٦].

---

(١) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٢٩٨)؛ وابن جزي، القوانين الفقهية ص: ٣٥٣؛ والحطاب، مواهب الجليل (٥/ ٩٧ ـ ٩٨).

(٢) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٣٤٧)؛ والنووي، المجموع (١٤/ ٨).

(٣) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٥٩٣)؛ والمرداوي، الإنصاف (٥/ ١٩٧)؛ وابن مفلح، المبدع (٤/ ٢٥٤).

(٤) ينظر: القدوري، الكتاب ـ مع شرحه اللباب للميداني ـ (٢/ ١٥٩)؛ والكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٦).

(٥) ينظر: القدوري، المرجع نفسه؛ والكاساني، المرجع نفسه (٦/ ٦)؛ وابن الهمام، شرح فتح القدير (٧/ ٢٠٤).

(٦) ينظر: الحطاب، مواهب الجليل (٥/ ٩٨).

الأدلة:

أ ـ أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بالسُّنَّة والمعقول.

١ ـ من السُّنَّة:

ـ حديث أبي أمامة رضي الله عنه السابق ذكره، وفيه قول النبي ﷺ: **«وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ»**[١].

ووجه الدلالة من الحديث أنه يفيد بعمومه صحة الضمان عن كل شخص ثبت في ذمته حق لغيره، فيصح الضمان عن الحي والميت والمليء والمفلس، ولم يأت التخصيص بكون المكفول عنه حيّاً أو مليئاً، فجاز الضمان عن الميت مع أنه غير قادر على تسليم الحق[٢].

ـ حديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه قال: كنا جلوساً عند النبي ﷺ إذ أتي بجنازة. فقالوا: صلّ عليها، فقال: **«هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟»** قالوا: لا. قال: **«فَهَلْ تَرَكَ شَيْئاً؟»** قالوا: لا. فصلى عليه. ثم أتي بجنازة أخرى. فقالوا: يا رسول الله صلِّ عليها. قال: **«هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟»** قيل: نعم. قال: **«فَهَلْ تَرَكَ شَيْئاً؟»** قالوا: ثلاثة دنانير فصلِّ عليها. قال: **«صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ»**. قال أبو قتادة: صلِّ عليه يا رسول الله وعليَّ دَيْنُهُ، فصلَّى عليه[٣].

ووجه الدلالة من الحديث أن فيه تصريح بكون الميت مفلساً، فهذا الميت لم يخلف وفاء لدينه، ورسول الله ﷺ لم يصلِّ عليه حتى تكفل أبو قتادة رضي الله عنه بسداد الدَّين، وأقرَّه الرسول ﷺ على ذلك، إذ لو كانت كفالته تلك تجانب الصواب لنبه إلى ذلك رسول الله ﷺ، بل إنَّ صلاته على الميت بعد الكفالة دليل على صحتها[٤].

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) محمود مروح، الكفالة ص:٤٥.
(٣) أخرجه: البخاري وغيره، وقد سبق تخريجه بشيء من التفصيل.
(٤) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٥٩٣)؛ ومحمود مروح، الكفالة ص:٤٦.

٢ ـ من المعقول:

إنَّ الموت لا ينافي بقاء الدَّين لأنه مالٌ حكميٌ فلا يفتقر بقاؤه إلى القدرة، فهو دَيْنٌ ثابت فصحَّ ضمانه كما لو خلف وفاءً لدَيْنه[١].

ب ـ أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بأدلة عقلية أهمها:

١ ـ إن الكفالة ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول عنه في المطالبة، والميت لم تبق له ذمة فلا يمكن أن يضم إليها شيء، وعلى هذا لا يتحقق معنى الضمان مع الموت؛ لأن المطالبة ساقطة عن الأصل، فلا يمكن إيجابها على الفرع الضامن تبعاً له، إذ لا يضم الموجود إلى المعدوم[٢].

٢ ـ إن الميت قد عجز عن الوفاء بنفسه وبماله حيث لم يخلِّف شيئاً يقضي منه دينه، ومن هذه حاله لا يتمكن من الاستيفاء منه فيسقط دَيْنه ضرورة، فلا وجه للكفالة حينئذ[٣].

• المناقشة والترجيح:

أ ـ مناقشة أدلة القول الأول:

اعتُرض على الاستناد إلى حديث سلمة بن الأكوع ﷺ بأنه غير وجيه؛ ذلك أن ما حصل من أبي قتادة ﷺ إنما هو وَعْدٌ وليس بكفالة[٤].

ب ـ مناقشة أدلة القول الثاني:

إنَّ الاحتجاج بالتعليلات العقلية لا يقوى في مواجهة الأحاديث الصحيحة[٥].

---

(١) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ٦).
(٢) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق (٤/ ١٦٠).
(٣) المرجع نفسه.
(٤) المرجع نفسه.
(٥) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٢١٠.

جـ ـ جواب أصحاب القول الأول عن الاعتراض:

إن حديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه صريحٌ في كفالة الدَّين عن الميت، وإن اعتبار ما حصل من أبي قتادة رضي الله عنه وعدٌ مجرَّدَ احتمال ضعيف لا يسلم منه كثير من الأدلة[١].

ويمكن القول بأن مضمون الكفالة وصورتها التزام بسداد الدَّين وهذا الالتزام هو وعدٌ، ومن ثم لا وجه للاعتراض، إذ الكفالة متحققة، وعلى هذا ثبت إقرار النبي صلى الله عليه وسلم لها، وإلا فكيف يقرُّ مجرد وعد محتمل؟.

ومع هذا فقد ورد في بعض ألفاظ الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأبي قتادة رضي الله عنه: **«أَحَقَّ الغَرِيمَ وَبَرِئَ مِنْهُمَا المَيتُ»**[٢]، وهذا اللفظ دليل على أن القضية كفالة لا احتمال معه، إذ معناه: أحق عليك الحق، وثبت عليك وكنت غريماً[٣].

د ـ الترجيح:

من خلال عرض أدلة القولين في المسألة ومناقشتها يظهر لنا رجحان القول الأول القاضي بصحة كفالة دين الميت مطلقاً. وسبب الترجيح:

١ ـ قوة أدلة أصحاب القول الأول وسلامة معظمها من المعارضة والجواب عن الاعتراض الموجه.

٢ ـ ظهور ضعف الاستدلال العقلي لدى أصحاب القول الثاني في مواجهة نصوص السُّنَّة الصريحة.

٣ ـ مراعاة مصلحة المدين الميت، وكذا الدائن؛ وذلك بتبرئة ذمة الأول وإنقاذه من التبعات الأخروية للدَّين، وحفظ مال الدائن بإعادة حقه

---

(١) د. صالح الهليل، المرجع السابق ص:٢٠٩.

(٢) الحديث أخرجه: أحمد، المسند (٣/ ٣٣٠) من رواية جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(٣) ينظر: الصنعاني، سبل السلام (٣/ ٧٠).

له، وفي هذا كله تشجيع وفتح لباب البر والقرض الحسن، إذ لو كانت كفالة دين الميت المفلس غير صحيحة لأحجم كثير من الناس عن التعامل بالدَّين؛ لأن احتمال الإفلاس قائم، والموت يأتي بغتة ولا يأخذ إذناً من أحدٍ من الناس. ومن ثم تكون الأموال معرضة للضياع، وهذا مخالف لمقصود الشرع الحكيم.

٤ ـ إن المتكفِّل بدَين ميت مفلس لا ينتظر أن يعود عليه أحد بما قدَّمه للدائن؛ لأنه متيقن وهو مُقْدِمٌ على الكفالة أن المدين ميت، وأنه مفلس لا مال له؛ ومن ثم فهو متبرع بماله، ولا يثير موقفه أيَّ إشكالٍ، لكونه تصرَّف على أساس البر والإحسان.

المطلب الثالث

من التطبيقات المعاصرة على الكفالة
خطاب الضمان

وسوف نبين مضمون هذا المطلب من خلال الفروع الثلاثة التالية:

* الفرع الأول: مفهوم خطاب الضمان

أولاً: تعريف الخطاب:

الخطاب في اللغة هو الكلام بين متكلم وسامع كما يطلق على الرسالة[1]، قال الله تعالى: ﴿فَقَالَ أَكْفِلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي ٱلْخِطَابِ﴾ [ص: ٢٣].

ثانياً: تعريف الضمان:

أصل الضمان في اللغة: جَعْلُ الشيء في شيء يحويه. ومنه

---

(١) ينظر: الفيومي، المصباح المنير (١/ ١٧٣)؛ والرازي، مختار الصحاح ص:١٢٣؛ ود. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط (١/ ٢٦٦)، مادة: «خ ط ب».

قولهم: ضَمَّنْتُ الشيءَ كذا، إذا جعلته في وعائه فاحتواه. ثم أُطلق على الالتزام[1]. أما في الاصطلاح الفقهي فهو ضَمُّ ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول في المطالبة بنفس أو دين أو حق[2].

ثالثاً: تعريف خطاب الخطاب:

يطلق خطاب الضمان ويراد به التعهد المكتوب، الذي يتعهد المصرف بمقتضاه بكفالة أحد عملائه (طالب الضمان) في حدود مبلغ معين، لدى طرف ثالث، بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول، وذلك ضماناً لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة، على أن يدفع البنك المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال مدة سريان خطاب الضمان بغض النظر عن معارضة المدين أو موافقته في ذلك الوقت[3].

---

(١) ينظر: الفيومي، المرجع السابق (٢/ ٣٦٤)؛ والرازي، المرجع السابق ص:٢٥٠؛ ود. إبراهيم أنيس وآخرون، المرجع السابق (١/ ٥٧١)، مادة: «ض م ن».

(٢) د. نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص:١٨٢، وينظر في تعريف الضمان وهو الكفالة ما أوردناه في التعريف الاصطلاحي في المطلب الأول من هذا المبحث.

(٣) د. عبد الحميد محمود البعلي، الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية (ط:١؛ مصر: دار التوفيق النموذجية للطباعة، ١٤١١هـ - ١٩٩١م) ص:٤٧؛ وينظر: د. حمدي عبد العظيم، خطاب الضمان في البنوك الإسلامية (ط:١؛ القاهرة: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م) ص:١٧؛ ود. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي (ط:٣؛ الأردن: دار النفائس، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م) ص:٢٩٢، د. علاء الدين زعتري، الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها (ط:١؛ دمشق: دار الكلم الطيب، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م) ص:٣٢٩؛ د. علي السالوس، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر ص:١٤٠٥؛ ومحمد باقر الصدر، البنك اللاربوي في الإسلام (لا.ط؛ بيروت: دار التعارف للمطبوعات، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م)، ص١٢٨.

وعلى هذا فإن العناصر المكونة لهذا الخطاب هي[1]:

١ ـ وجود الضامن (الكفيل)، وهو المصرف (البنك) الذي يصدر التعهد الخطي بدفع مبلغ معين، نيابة عن العميل إذا ما أخلَّ العميل بشروط التعاقد خلال مدَّة معينة.

٢ ـ وجود المضمون (المكفول عنه)، وهو العميل طالب الضمان، والذي يصدر الخطاب لحسابه.

٣ ـ وجود المستفيد وهو الجهة التي صَدَرَ خطاب الضمان لصالحها.

٤ ـ الضمان الذي يستفيده العميل؛ أي: القوة المعنوية التي تتحصل لطالب الخطاب.

٥ ـ العائد الذي يتقاضاه المصرف، وهو نوعان: عمولة إصدار خطاب الضمان، وعمولة تمديد أو تعديل.

٦ ـ قيمة الضمان، وهي المبلغ الذي يلتزم المصرف الوفاء به للمستفيد عند طلبه، وصَدَرَ الخطاب به.

٧ ـ مدَّة الضمان، وهي الفترة الزمنية التي يكون فيها المصرف ملتزماً بتنفيذ ما وَرَدَ في الخطاب.

٨ ـ الشروط التي يتضمنها خطاب الضمان؛ من رهن عيني، أو تأمين نقدي، ونحو ذلك.

٩ ـ أنّ خطاب الضمان يجب أن يكون مكتوباً.

رابعاً: أوجه التشابه بين الكفالة وخطاب الضمان[2]:

١ ـ وجود ثلاثة أشخاص في العملية: الكفيل (المصرف)، والمكفول عنه (العميل)، والمكفول له (المستفيد).

---

(١) ينظر: د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة ص:٢٩٣؛ ود. علاء الدين زعتري، الخدمات المصرفية ص:٣٣١.

(٢) ينظر: د. محمد عثمان شبير، المرجع نفسه ص:٢٩٤؛ ود. علاء الدين زعتري، المرجع نفسه ص:٣٢٨.

٢ ـ وظيفةُ المصرفِ تشبهُ وظيفةَ الكفيلِ في ضمان الوفاء بالتزام المكفول به.

٣ ـ الكفالةُ عقدٌ ملزمٌ لجانب واحد، هو الكفيل (المصرف)، وكذلك في خطاب الضمان.

٤ ـ الأصل في الكفالة أن تكون مكتوبة، ولا يكون خطاب الضمان إلا مكتوباً.

٥ ـ في كليهما إسداءُ خدمةٍ إلى المدين (العميل، المكفول عنه)، ففيهما مساعدةُ العميل في تقويةِ مَرْكَزِهِ الائتماني تجاه المكفول له (الدائن) أو الشخص المستفيد في خطاب الضمان.

٦ ـ جواز مطالبة الدائن (المستفيد) بحقه، من المصرف (الكفيل) أو من المدين (العميل، المكفول عنه).

وبوجه عام، يمكن القول بأن خطاب الضمان المصرفي ـ في حقيقته ـ هو صورة من صور الكفالة[١].

* الفرع الثاني: أنواع خطاب الضمان

تنقسم خطابات الضمان إلى أقسام متعددة وباعتبارات مختلفة أهمها:

أ ـ خطاب الضمان من حيث التقييد والإطلاق[٢]:

١ ـ **خطاب ضمان مشروط**: قد يكون خطاب الضمان الممنوح من المصرف قد اشتُرط فيه الدفعُ عند عجز العميل عن الدفع للمستفيد، أو عند عجز العميل عن الوفاء بالالتزامات، وعندها لا يستحق المستفيدُ قيمةَ خطاب الضمان إلا بعد تقديم مستندات تُثبتُ دعوى العجز والتقصير.

---

(١) د. علاء الدين زعتري، المرجع السابق ص:٣٢٨.

(٢) د. علاء الدين زعتري، الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها ص: ٣٣١.

٢ ـ **خطاب ضمان غير مشروط**: وهو خطاب ضمان مطلق، يستحق المستفيد قيمة الخطاب (المبلغ المذكور فيه) بمجرد تقديم الخطاب للمصرف.

ب ـ خطاب الضمان من حيث التأمين للخطاب(١):

إنَّ المصرف يتحمَّل ـ بسبب خطاب الضمان ـ مخاطرة الوفاء بمبلغ الضمان للمستفيد في حالة عدم تنفيذ العميل لالتزاماته، لذا فإن المصرف يطلب من العميل ضمانات كافية لتغطية التعهدات التي يلتزم بها، بناءً على طلبه.

وتسمى هذه الضمانات في خطابات الضمان: غطاءً، والذي قد يتساوى في القيمة مع الضمان، وقد يكون أقل، وهذا يتوقف على مدى ثقة المصرف بالعميل.

وعلى هذا تتنوع خطابات الضمان وفقاً لهذا الاعتبار إلى ثلاثة أنواع هي:

١ ـ **خطابات الضمان غير المغطاة**: هي خطابات ضمان تصدرها بعض البنوك للمتعاملين معها على المكشوف بدون غطاء ما، فلا تطلب منهم دفع أي مبلغ لاطمئنانها إلى وفائهم بالتزاماتهم، خاصة إذا كان العميل شركة كبيرة تتمتع بسمعة طيبة، ولديها أموال كثيرة لدى المصرف.

٢ ـ **خطابات الضمان المغطاة تغطية كاملة من قبل العميل**: وهي خطاب ضمان تصدرها بعض البنوك للمتعاملين معها ممن ليس لديهم حسابات جارية، أو معاملات معروفة لدى المصرف، ومن ثم يطلب هذا الأخير من العميل غطاءً مرتفعاً، يصل إلى كامل قيمة الضمان، خصوصاً إذا كان الخطاب غير محدد المدة.

(١) المرجع نفسه ص: ٣٣٢ ـ ٣٣٣.

٣ ـ **خطابات الضمان المغطاة تغطية جزئية**: وهي خطاب ضمان تصدرها بعض البنوك للمتعاملين معها ممن لديهم حسابات جارية، فالمصرف يتقاضى عادة غطاء يبلغ عُشُرَ قيمة الضمان إن كان الخطاب ابتدائياً، ويصل إلى الرُّبع وقد يتجاوزه إذا كان الخطاب نهائياً.

وعلى هذا فإن المصرف يدرس حالة العميل ووضعيته المالية قبل إصدار خطاب الضمان، وذلك من النواحي التالية:

ـ الإمكانات الموجودة لدى العميل لتنفيذ العقد بينه وبين المستفيد.

ـ الصفات الشخصية للعميل: هل يفي بالتزاماته دائماً؟ هل سبق له القيام بمشروع وأخفق فيه؟ هل يقوم بمغامرات مالية أم أنه صاحب اتزان؟ ويستعين المصرف في ذلك بمعلومات المصارف الأخرى، وبمن يتعامل معه، ويمكن أن يرسل مندوباً لزيارته في المنشأة؛ للتحقق من المعلومات(١).

وكما سبق القول فإن لغطاء خطاب الضمان أنواعاً(٢):

١ ـ **الغطاء النقدي**: وهذا في الغالب، وهو أوجز صور الغطاء وأوضحها، حيث يقدِّم العميل المبلغ المطلوب إلى خزينة المصرف، أو يقوم المصرف بخصم هذا الغطاء من حساب العميل.

٢ ـ **الغطاء العيني**: ويتخذ الغطاء العيني عدة صور، أهمها يا يلي:

أ ـ **الأوراق المالية**: وفي هذه الحالة يقدِّر المصرف قيمة هذه الصكوك حسب سعر السوق، ويحصل المصرف على توقيع العميل مقدَّماً على رهن هذه الأوراق المالية له، وبيعها ـ دون الرجوع إليه ـ في حالة تنفيذ تعهده الناشئ عن خطاب الضمان، وذلك إذا لم يسدِّد العميل قيمة ما دفعه المصرف.

---

(١) د. علاء الدين زعتري، الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها ص: ٣٣٣.

(٢) المرجع نفسه ص: ٣٣٣ ـ ٣٣٤.

ب ـ **الأوراق التجارية**: وهي الشيكات[1]، والسندات الإذنية[2]، والكمبيالات[3]، وذلك عن طريق تظهيرها[4] تظهيراً تأمينياً.

جـ ـ **البضائع الموجودة في مخازن العميل**: والتي تتميز بتأخر تلفها أو عدمه، وأن تكون شائعة الاستعمال، سهلة البيع، وألا تكون أسعارها قابلة للانخفاض.

د ـ **التنازل عن الحقوق الناشئة عن العملية التي طُلب عنها الضمان**: وتجري هذه الصورة في حالة ارتباط خطاب الضمان بفتح اعتماد للعميل، وفي هذه الحالة يتعين على المصرف أن يتحقق من المركز المالي للعميل وسمعته التجارية.

هذا، وإن المصارف الإسلامية لا تختلف في تصرفها بشأن غطاء خطاب الضمان عن المصارف الأخرى، من حيث السؤال والاستيثاق وأخذ الكفالات الكافية لتغطية الالتزامات[5].

---

(١) هي سندات يحدد القانون شكلها وفحواها يصدر بواسطتها شخص له أموال متوفرة في مصرف أمراً لصاحب المصرف بدفع مبلغ من النقود لشخص آخر أو لنفسه. (ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري. لا.ط؛ الجزائر: قصر الكتاب ـ البليدة، ١٩٩٨م، ص:٤٨).

(٢) هي وسيلة للقرض والوفاء (السفتجة)، وهي عبارة عن تعهد شخص كتابة بدفع مبلغ معين من المال في ميعاد محدد لشخص آخر أو لأمر هذا الأخير. (ابتسام القرام، المرجع نفسه ص:٤٠).

(٣) هي ورقة تجارية يأمر بواسطتها شخص أحد مدينيه بدفع مبلغ معين في تاريخ محدد للغير. (ابتسام القرام، المرجع نفسه ص:١٧٣).

(٤) طريقة لتداول السفتجة تحتوي من جهة على تنازل عادي للسند من طرف الحامل السابق للحامل الجديد، بعد إدراج عبارة «ليست لأمر» أو عبارة مماثلة، وتوقيع المظهر على ظهر السفتجة (ابتسام القرام، المرجع نفسه ص:١١٧)

(٥) د. علاء الدين زعتري، الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها ص:٣٣٤.

*** الفرع الثالث: التكييف الفقهي والقانوني لخطاب الضمان**

أولاً: التكييف القانوني لخطاب الضمان:

اختلفت آراء علماء القانون وتعددت أنظارهم بشأن تكييف خطاب الضمان؛ فمنهم من رأى فيه صورة من صور الكفالة، ومنهم من اعتبره من قبيل الإنابة القاصرة، حيث يتضمن تغييراً للمدين أو للدائن بالحوالة، وآخرون جعلوه من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير، والغير هو المستفيد هنا، ومنهم من قال: يمكن تكييف خطاب الضمان على أساس الإرادة المنفردة المنشئة للالتزام[١].

أما القول بالتكييف على أساس أن خطاب الضمان كفالة، فالظاهر أنهما مختلفان من وجوه متعددة، ولعل أبرزها أن الكفالة عمل مدني تبرعي بدون عوض، في حين يكون خطاب الضمان عملاً تجارياً سواء بالنسبة للمصارف أم بالنسبة للعملاء[٢].

وإن تكييف خطاب الضمان على أساس أنه نوع من الوكالة وهي الإنابة القاصرة، فإنه يلاحظ عليه أن العميل لا يلتزم مع المصرف في مواجهة المستفيد بمبلغ خطاب الضمان، وأن المستفيد لا يحق له أن يطالب أيهما شاء، فلا يُمنح حق مطالبة سوى المدين في حين تعطي الوكالة هذا الحق للمستفيد[٣].

أما التخريج على أساس نظرية الاشتراط لمصلحة الغير حيث إن العميل يشترط على المصرف دفع مبلغ من النقود للمستفيد، فأطراف خطاب الضمان ثلاثة يرتبط اثنان منهما بعقد، ويشترط أحدهما لشخص ثالث (أجنبي عن العقد) أن يكون مستفيداً.

---

(١) د. حمدي عبد العظيم، خطاب الضمان في البنوك الإسلامية ص: ٣٥.

(٢) د. علاء الدين زعتري، المرجع السابق ص: ٣٣٧.

(٣) المرجع نفسه ص: ٣٣٨.

ولكن هذه النظرية لا تنسجم مع الآثار التي تنتج عن عملية خطاب الضمان، ولا تتماشى مع خصائصه، وأول ما يميِّز هذه العملية هو استقلال التزام عن الالتزامات الأخرى[1].

لكن الذي تجدر الإشارة إليه أن خطاب الضمان تارة يكون له غطاء نقدي يُعد رهناً تجارياً لصالح المصرف، وتارة لا يكون لخطاب الضمان غطاء كامل لدى المصرف.

وعلى هذا فالظاهر أن لخطاب الضمان وجهتين في تكييفه القانوني[2]:

أ ـ التكييف على أساس الوكالة، وهذا إذا كان لخطاب الضمان غطاء كامل لدى المصرف قد دفعه العميل إليه، فالعميلُ يوكِّل المصرف في أن يدفع نيابة عنه قيمة خطاب الضمان للمستفيد بمجرد أن يطلب منه خلال مدة معينة.

ب ـ التكييف على أساس الكفالة، إذا لم يكن لخطاب الضمان غطاء كامل لدى المصرف حيث يخصص المصرف مبلغاً معيناً للوفاء بدين العميل، ويكون قرضاً له.

ثانياً: التكييف الفقهي لخطاب الضمان:

ذهب الفقهاء في تكييف خطاب الضمان إلى ثلاثة اتجاهات هي:

الاتجاه الأول:

إن خطاب الضمان عبارة عن وكالة، فالعميل هو الذي يطلب من المصرف أن يكفله، وبالتالي فهو يُنيبه عنه في الإجراءات المطلوبة في مثل حالة خطاب الضمان الذي أصبح من مستلزمات التجارة الخارجية

---

(١) د. علاء الدين زعتري، المرجع السابق ص: ٣٣٨.

(٢) المرجع نفسه ص: ٣٣٩.

بشكل خاص، كما أن لخطاب الضمان استخدامات أخرى، فالأمر الصادر من العميل إلى المصرف بكفالته ما هو إلا توكيل وإنابة(١).

ومن جهة أخرى، فإن الوكالة في الإقرار بالأموال للغير جائزة، والعميل في طلب خطاب الضمان يُقِرُّ بمالٍ للمستفيد، والمصرف يلتزم بأداء هذا المال.

وعملية خطاب الضمان ما هي إلا توكيلٌ من العميل للمصرف بإقرار حق ـ صائر إلى الثبوت ـ للمستفيد، وإن لم تذكر كلمة الوكالة في العقد، فالعبرة في العقود للمعاني لا للمباني(٢).

ولكن هل تصح الوكالة بشرط؟، فالعميل ـ في مضمون خطاب الضمان ـ يشترط على المصرف أن يدفع قيمة الخطاب عند الطلب خلال مدة معينة(٣).

أجاز الفقهاء تعليق الوكالة على شرط، قياساً على تعليق الولاية والإمارة على شرط، واستدلوا على ذلك بما صحَّ عن رسول الله ﷺ من تعليق الإمارة بالشرط(٤)، وهي وكالة تفويض وتولية، ولا محذور في

---

(١) د. علاء الدين زعتري، المرجع السابق ص ٣٤٨ ـ ٣٤٩.

(٢) المرجع نفسه ص: ٣٤٩.

(٣) ينظر: السرخسي، المبسوط (٢٢/ ٢٣)، ابن نجيم، البحر الرائق (٣/ ٩٤)، ابن عابدين، حاشية رد المحتار (٣/ ١٦).

(٤) ورد في السُّنَّة من حديث علي رضي الله عنه قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً، فقلتُ: يا رسول الله، ترسلني وأنا حديث السن، ولا علم لي بالقضاء، فقال: «**إن الله سيهدي قلبك، ويثبِّت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضيَنَّ حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول؛ فإنه أحرى أن يتبيَّن لك القضاء**»، قال: فما زلتُ قاضياً، أو ما شككتُ في قضاء بعدُ. ينظر: أبو داود، السنن، كتاب الأقضية، باب كيف القضاء: (٤/ ١١ ـ ١٢)؛ والترمذي، الجامع الصحيح، كتاب الأحكام، باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما (٣/ ١٣)؛ وابن ماجه، السنن، كتاب =

تعليق الوكالة بالشرط البتة[1].

والعلاقة بين العميل والمصرف علاقة وكالةَ تنفيذٍ، فالعميل قد شرط على المصرف: أنه إذا نَفَّذَ المستفيدُ العملَ المطلوب منه فادفع له قيمة الضمان[2].

الاتجاه الثاني:

إن خطاب الضمان لا يعدو أن يكون كفالة، فمعظم الحالات التي يستعمل فيها خطاب الضمان المصرفي تُعَدُّ من نوع كفالة الدَّين[3].

وفي الصورة العامة، يُعَدُّ خطاب الضمان كفالةً محضة، سواء أكان بأمر المكفول أم بدون أمره[4].

ودليل ذلك: المقارنة بين تعريف كلٍّ من خطاب الضمان، والكفالة في الفقه الإسلامي حيث يتضح أن التعريفين متفقان من حيث المضمون والمعنى، وهو التزام الشخص مالاً واجباً على غيره لشخص ثالث.

والكفالة في الفقه: ضم ذمة إلى ذمة، إلا أن هناك خلافاً في

= الأحكام، باب ذكر القضاة (٢/ ٧٧٤)؛ وأحمد، المسند (١/ ٨٣)؛ والحاكم، المستدرك (٣/ ١٤٥)؛ والنسائي، السنن الكبرى (٥/ ١١٦)؛ والبيهقي، السنن الكبرى (١٠/ ١٤٠).

(١) ينظر: ابن القيم، إغاثة اللهفان (٢/ ١٥)؛ ود. علاء الدين زعتري، المرجع السابق ص: ٣٤٩.

(٢) د. علاء الدين زعتري، المرجع نفسه ص: ٣٥٠.

(٣) المرجع نفسه. وينظر: د. عمر بن عبد العزيز المترك ت١٤٠٥هـ، الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية (ط:٣؛ الرياض: دار العاصمة، ١٤١٨هـ) ص: ٣٨٦ ـ ٣٨٧.

(٤) ينظر: د. عبد الستار أبو غدة، بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية (لا. ط؛ الكويت: بيت التمويل الكويتي، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٣م) ص: ٣٨٧.

اعتبار هذا الضم؛ من حيث كونه يقتصر على المطالبة فقط، أم أن الضم يشمل الدَّين أيضاً.

فقد قال صاحب «الهداية»[1] في بحث الكفالة: «هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة، وقيل: في الدَّين، والأول أصح».

وفي شرح التعريف يقول ابن الهمام (ت٦٨١هـ): «فلا يثبت الدَّين في ذمة الكفيل، خلافاً للشافعي ومالك وأحمد في رواية؛ فيثبت الدَّين في ذمة الكفيل ولا يسقط عن الأصيل»، ثم قال ـ بعد استعراض الآراء ـ مقرِّراً: «ولكن المختار ما ذكرنا: أنه في مجرَّد المطالبة لا الدَّين؛ لأن اعتباره في الذمتين وإن أمكن شرعاً؛ لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن إلا بموجب، ولا موجب؛ لأن التوثّق يحصل بالمطالبة...»[2].

وهذا التقرير هو الأقرب لمقصود خطاب الضمان وحقيقته في جعله من عقود الكفالة[3].

الاتجاه الثالث:

إن خطاب الضمان عقد يجمع بين الكفالة والوكالة، فالمصارف في إصدارها خطابات الضمان بأنواعها المختلفة، تستند إلى أن هذه الخطابات تتضمن أمرين جعلهما الشارعُ حلالاً، هما: الوكالة والكفالة[4].

ذلك أن المصرف عند إصداره لخطاب الضمان يصبح وكيلاً عن عميله في سداد التزام قد ينشأ مستقبلاً، أو في سداد مبلغ معين لمستفيد معين من خطاب الضمان، والمصرف كفيل للعميل في أنه يلتزم بتنفيذ العقد المبرم بينه وبين المستفيد[5].

---

(١) المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي (٧/ ١٦٣).
(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير (٧/ ١٦٣).
(٣) د. علاء الدين زعتري، المرجع السابق ص: ٣٥١.
(٤) المرجع نفسه.
(٥) المرجع نفسه ص: ٣٥١ ـ ٣٥٢؛ وينظر: د. عمر المترك، الربا والمعاملات المصرفية ص: ٣٩٠.

ومع ازدياد المعرفة الحقيقية بخطاب الضمان ميَّز الباحثون في بيان حكم خطاب الضمان بين خطاب له تغطية كاملة أو جزئية، فذهبوا إلى أن خطاب الضمان: وكالةٌ إذا كان غطاء الخطاب كاملاً من قبل العميل، وكفالةٌ إذا كان الخطاب غير مغطى، وأما إذا كان مغطى تغطية جزئية فإنه وكالة في الجزء المغطى، وكفالة في الجزء غير المغطى[1].

وقد رجَّح مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي هذا التخريج، حيث جاء في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من ١٠ ـ ١٦ ربيع الآخر عام ١٤٠٦هـ الموافق لـ: ٢٢ ـ ٢٨ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٥م:

«وبعد النظر فيما أعد في خطاب الضمان من بحوث ودراسات، وبعد المداولات والمناقشات المستفيضة التي تبين منها:

أولاً: أن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والانتهائي لا يخلو إما أن يكون بغطاء أو بدونه، فإن كان بدون غطاء، فهو: ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره فيما يلزم حالاً أو مآلاً، وهذه هي حقيقة ما يعنى في الفقه الإسلامي باسم: الضمان أو الكفالة.

وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي: الوكالة، والوكالة تصح بأجر أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له).

ثانياً: إن الكفالة هي عقد تبرع يقصد به الإرفاق والإحسان. وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة؛ لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جَرَّ نفعاً على المقرض، وذلك ممنوع شرعاً.

---

(١) د. علاء الدين زعتري، المرجع نفسه ص:٣٥٢؛ وينظر: د. علي السالوس، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر ص:١٤٠٨.

قرر ما يلي:

أولاً: إن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان ـ والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته ـ سواء أكان بغطاء أم بدونه.

ثانياً: إن المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه جائزة شرعاً، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل، وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي، يجوز أن يراعى في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء»[1].

الاتجاه الرابع:

إن خطاب الضمان يشتمل على الكفالة والوكالة والقرض، وذلك حسب حجم الغطاء، وحسب الحالات التي تكون عليها علاقة طالب إصداره (العميل) بالمصرف المصدر له، **وفيما يأتي بيان للحالات المحتملة**[2]:

أولاً: خطاب الضمان الذي يملك صاحبه حساباً جارياً بالمصرف المصدر للخطاب، والمغطى تغطية كاملة.

فخطاب الضمان في هذه الحالة يُعَدُّ وكالة للمصرف من العميل، والوكالة تصح بأجر وبدونه، ويخضع الأجر للعرف ويمكن تحديده مسبقاً (أي: تسعيره).

كما إن خطاب الضمان يمثِّل علاقة كفالةٍ بين المصرف والمستفيد من إصدار خطاب الضمان.

ثانياً: خطاب الضمان غير المغطى كلياً، وهو الذي لا يكون للعميل حسابٌ جارٍ بالمصرف الذي يصدره.

---

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي للدورات: ١ ـ ١٠ بتنسيق وتعليق: د. عبد الستار أبو غدة ص:٢٥ ـ ٢٦.

(٢) د. حسن عبد الله الأمين، خطاب الضمان ص:٤٢٧ وما بعدها ـ بواسطة: د. علاء الدين زعتري، المرجع السابق ص:٣٥٣ وما بعدها.

وهنا يُعَدُّ خطاب الضمان قَرْضاً بين المصرف وطالب إصدار خطاب الضمان، إن قام المصرف فعلاً بالوفاء بما تضمنه خطاب الضمان من التزام مالي، ويكون المقابل الزائد عن الأجرة العادية على إصدار الخطاب من قبيل الربا؛ لأنها زيادة عن القرض.

أما إذا لم يقم المصرف بالوفاء بقيمة الضمان وإنما قام العميل (طالب الإصدار) بذلك؛ فإن العلاقة تظل علاقة كفالة بينهما؛ لعدم وجود المال من قبل طالب إصدار خطاب الضمان الذي يجعل من العلاقة وكالة، أو من قبل المصرف الذي يجعل من العلاقة قرضاً، كما تُعَدُّ العلاقة بين المصرف والمستفيد علاقة كفالةٍ.

ثالثاً: خطاب الضمان المغطى جزئياً؛ أي: الذي يكون لطالب إصداره حسابٌ جارٍ بالمصرف الذي أصدره، لكن هذا الرصيد لا يغطي إلا جزءاً مما اشتمل عليه خطاب الضمان لا كله.

وفي هذه الحالة ينطبق عليه تكييف حالة الوكالة في الجزء المغطى، وحالة القرض في الجزء غير المغطى، إن تَمَّ الوفاءُ الفعلي من المصرف، وحالة الكفالةِ فقط في حالة الوفاء من طالب إصداره من المصرف.

رابعاً: خطاب الضمان غير المغطى؛ لا كاملاً ولا جزئياً، والذي قام العميل بالوفاء بمضمونه بنفسه، والمصرف ليس له سوى الإصدار.

وفي هذه الحالة يُعَدُّ خطاب الضمان عبارة عن كفالة مجرَّدة بين جميع أطرافه، فالمصرف كفيلٌ، والعميل مكفول عنه، والمستفيد مكفول له.

وقد تابع د. حسن عبد الله الأمين عرض هذه الصور على ما جاء في كتب الفقه الإسلامي، وناقش وحلل، ووصل إلى نتيجة مفادها:

- جواز أخذ الأجر على إصدار خطاب الضمان المغطى غطاء كاملاً.

- إن خطاب الضمان المكشوف (غير المغطى) الذي قام المصرف

بأداء مضمونه هو قَرْضٌ، والمقابل الزائد عن أجرة الإصدار العادية نَفْعٌ جَرَّهُ هذا القرض، وهو حرام، ومن قبيل الرِّبا.

ـ إن خطاب الضمان المغطى جزئياً، يكون وكالةً في الجزء المغطى، وقرضاً في الجزء غير المغطى، فيجوز أخذ مقابل في الوكالة، ولا يجوز في القرض.

ـ أما خطاب الضمان المكشوف، الذي لم يدفع المصرف منه شيئاً، فهو محض كفالة بالجاه، وقد اختلف الفقهاء في حكم ثمن الجاه، ما بين قائل بالتحريم مطلقاً، وبين قائل بالكراهة مطلقاً، وما بين مفصِّلٍ، ويمكن الجمع بين الأقوال، حسب ما يأتي بأنه إذا كان الجاه يحتاج إلى نفقة وتعب وسفر فيجوز أخذ أجر المثل، وإلَّا حَرُمَ[(١)].

وفي مناقشة القائلين بالتحريم المطلق لثمن الجاه، بحجة أنَّ الجاه أمر واجب، يمكن القول: إنَّ إصدار خطاب الضمان المصرفي ليس أمراً واجباً على المصرف؛ لأن ذلك ليس متعيِّناً على مصرف بعينه، ولا هو أمر ضروري بمعنى الضرورة الشرعية، بحيث يتحتم على المصرف القيام به لصالح طالبه، وإنما هو معاملةٌ اقتصادية تحقِّقُ مصلحة لطالبها (العميل)، وتضع التزاماً أدبياً على المصرف بحماية حق المستفيد.

وعلى هذا، فإن خطاب الضمان لا يدخل تحت قاعدة: منع الأجر على أداء الواجب، فهو تعامل رضائي يقوم فيه الضامن (المصرف مُصدر الخطاب) ببذل جهد في التحري عن الزبون والمستفيد، وجمع المعلومات عن صلاحية العميل لأداء حق المستفيد، والقيام بتنفيذ المطلوب منه، ويتحمَّل عبئاً ذهنياً ونفسياً طوال فترة سريان هذا الضمان حتى الوفاء به، كما أنَّ المصرف يهيئ للعميل فرصةً للحصول على منفعة محقَّقَة، أو مصالح معتبرة، وبالتالي فإنَّ أخذ الأجر على إصدار خطاب الضمان جائز شرعاً.

---

(١) ينظر: محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢٢٤).

وإذا جاز أخذ الأجر على خطاب الضمان، فيجب الأخذ بعين الاعتبار عدم المغالاة ومنع المبالغة في قدر الأجر المقابل؛ بحيث يكون الأجر في حدود المعتاد عرفاً.

- وبعد عرض وجهات النظر المختلفة بشأن التكييف الفقهي لخطاب الضمان يبدو لنا أن الاتجاه الأخير الذي يبين الفرق بين أنواع الخطاب وحجم غطائه ونوع العلاقة بين الأطراف هو الأظهر في التخريج الفقهي الصحيح.

أما فيما يتعلّق باحتمال وجود الرِّبا في عملية خطاب الضمان، في حالة خطاب الضمان غير المغطى جزئياً أو كلياً، إن قدَّم المصرف للمستفيد ما طلبه، فيكون المصرف مقرضاً للعميل، مع أخذ زيادة مقابل هذه العملية.

وللتخلّص من الرِّبا، أو غباره وآثاره، في خطاب الضمان اقترحت هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل المصري أن يكون المصرفُ شريكاً للعميل في العملية المطلوب من أجلها خطاب الضمان، وأن يتم إصدار الخطاب دون أي مقابل.

ويكون استحقاق المصرف للنصيب المتفق عليه من الربح في العملية، حلالاً بعيداً عن الرِّبا وشبهته، فهو شريك مع العميل على نسبة ثابتة من الربح المجهول؛ العميل بعمله وخبرته، والمصرف بماله، وهذه هي شركة القِراض (المضاربة)[1].

هذا، وإن الندوة الثالثة للاقتصاد الإسلامي التي أقامتها «دلة البركة» في استنبول في الفترة ما بين ٩ ـ ١٢ محرم ١٤٠٦هـ الموافق ٢٣ ـ ٢٦ أيلول (سبتمبر) ١٩٨٥م، عرضت حكم خطاب الضمان في الأصل وما يجري في المصارف الربوية، وصدرت فتوى بشأنه هذا نصها:

---

(١) د. علاء الدين زعتري، المرجع السابق ص:٣٥٦.

«أ ـ إن جواز إصدار خطابات الضمان المصرفية مشروط بأن يكون مرتبطاً بمشروعية الموضوع الذي يُطلب خطاب الضمان لأجله.

ب ـ إن خطاب الضمان المصرفي إذا كان بدون غطاء نقدي كامل فهو كفالةٌ، ويخضع لأحكامها، وإذا قُدِّم له غطاء نقدي كامل لدى البنك فهو وكالةٌ بالنسبة للشخص المكفول، وأما بالنسبة للجهة المكفول لها فإن خطاب الضمان حينئذ كفالةٌ.

ج ـ يجوز للبنك في جميع الأحوال أن يأخذ أجراً على خطاب الضمان بمقدار ما بذله من جهد إجرائي دون أن يربط الأجر بنسبة المبلغ الذي يصدر به خطاب الضمان.

د ـ أما أخذ الأجر على خطاب الضمان غير المغطى بنسبة مبلغ الضمان، كما هو معمول به في البنوك، فقد رأت اللجنة (بأغلبية الآراء) أنه يحتاج إلى مزيد من الدراسة والتمحيص والإطلاع على النماذج المستعملة في مختلف الحالات، والتي طلب من المختصين في البنوك تقديمها للنظر فيها»[1].

كما أقام بيت التمويل الكويتي الندوة الفقهية الأولى في مدينة الكويت في الفترة من ٧ ـ ١١ رجب ١٤٠٧هـ ـ آذار (مارس) ١٩٨٧م، وبُحث فيها موضوع خطاب الضمان، والأجر الذي يؤخذ فيه ـ الأجر المأخوذ ـ هو على العمل لا على الضمان.

وقد صدرت في نهاية أعمال الندوة: فتاوى وتوصيات بشأن (خطابات الضمان المصرفية)، هذا نصها:

«١ ـ الأجر الذي يأخذه المصرف الإسلامي عن إصدار خطابات الضمان يكون مقابل الأعمال التي يقوم بها المصرف لإصدار الخطاب، وليس مقابل الضمان الذي يوفِّره هذا الخطاب لعميل المصرف.

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، العدد الثاني (٢/ ١١٦٢ ـ ١١٦٣)، بواسطة: د. علاء الدين زعتري، المرجع نفسه ص: ٣٦٠ ـ ٣٦١.

٢ ـ الأعمال التي يقوم بها المصرف عند إصدار خطابات الضمان، منها ما هو عامٌّ يتكرر في كل خطاب، ومنها أعمال إضافية يقوم بها المصرف في بعض حالات إصدار خطابات الضمان، وتختلف أنواع الضمانات وأحكامها على النحو المبين فيما يلي:

٣ ـ خطابات الضمان للأنشطة غير التجارية: مثل: خطابات الضمان المطلوب تقديمها من الطلاب لبعض المعاهد العلمية، أو خطابات الضمان لنوادي السيارات بمناسبة مغادرتها البلاد، أو الخطابات المقدَّمة لوزارة المواصلات لتركيب هاتف مثلاً، يقوم المصرف بالنسبة لها بالأعمال الموضحة في (خطابات الضمان الابتدائية) الآتي بيانها، وينبغي للمصرف في مثل هذه الحالات أن يأخذ أقل أجر ممكن لمقابلة التكلفة ويُفَضَّلُ عمل ذلك مجاناً، من قبيل البرِّ.

٤ ـ (خطابات الضمان الابتدائية) المطلوبة للتقدم لبعض العطاءات:

للمصرف أن يستوفي أجراً مقابل الأعمال التالية:

أ ـ دراسة حالة العميل؛ المالية، وسمعته، وإماناته.

ب ـ الجهد والوقت اللَّذين يبذلهما الموظفون الذين يُناط بهم إعداد الخطاب وإجراء القيود الحسابية، وما يُسْتَهْلَكُ من أوراق وآلات.

جـ ـ راجعة الخطاب من مدققي الحسابات والتوقيع باعتماده من المسؤولين.

د ـ متابعة الخطاب مع الجهة المستفيدة إلى حين انتهاء مدته أو إعادته، وإجراء القيود اللازمة في هذا الشأن.

٥ ـ (خطابات الضمان النهائية): المطلوبة لضمان حسن التنفيذ أو الدفعات المقدمة: يستحق المصرف الأجر على الأعمال السابقة في (خطابات الضمان الابتدائية) بالإضافة إلى أجرٍ عن الأعمال التالية:

أ ـ دراسة العطاء من جانب الجهات الفنية؛ للاطمئنان إلى مناسبة الأسعار التي تُحَقِّق لطالب الخطاب نسبة معقولة من الربح.

ب ـ دراسة حالة ومركز المستفيد من خطاب الضمان.

جـ ـ إجراء حوالة حق وإعلانها للجهة المحال عليها، إذا دعت الحاجة إلى الحوالة.

د ـ تحصيل الدفعات مقابل المستخلصات التي يتم صرفها من الجهة صاحبة العمل.

هـ ـ متابعة تنفيذ عقد المقاولة في مختلف مراحله مع الجهة المستفيدة من خطابات الضمان حتى إعادة الخطابات إلى مصدرها.

٦ ـ تمديد خطاب الضمان: في حالة تمديد خطاب الضمان يقوم المصرف بالاتصال بالمستفيد من الخطاب، ودراسة أسباب التمديد، وتحرير خطاب بالتمديد، يمر بالمراحل المشار إليها في (خطابات الضمان الابتدائية)، وفي هذه الحالة يستوفي المصرف أجراً يتناسب وجهده فيما قام به من أعمال»[١].

المطلب الرابع

دور الكفالة في حماية الديون

تعتبر الكفالة بالدَّين وسيلة لتوثيق الدَّين على المدين من قبل الدائن الذي يخشى فقد ماله بسبب الإعسار الذي قد يصيب مدينه، الأمر الذي يدفعه إلى الطلب ممن يرغب في الحصول على قرضٍ منه، أَنْ يتقدَّم بكفيل يضمن سداد دينه في حال إعسار المدين الأصلي. ويجب أن يكون الكفيل موسراً لا معسراً، وأن يكون قائماً في البلد حتى يسهل الوصول إليه ومطالبته بأداء الدَّين، وقد بيَّنت المادة (٧٧٥) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية ذلك فنصَّت على الآتي:

---

(١) مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد (٦٩)، شعبان ١٤٠٧هـ إبريل ١٩٨٧م، ص: ٣٤٥، بواسطة: د. علاء الدين زعتري، المرجع السابق ص: ٣٦١ ـ ٣٦٣.

١ ـ إذا التزم شخصٌ بتقديم كفيلٍ، وجب عليه أن يقدِّم كفيلاً موسراً ومقيماً في البلد، وله أن يقدِّم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً.

٢ ـ إذا أعسر الكفيل بعد الكفالة، أو نَقَلَ مَحَلَّ إقامته خارج البلد، وَجَبَ على المدين تقديم كفيلٍ آخر ما لم يكن الدائن قد اشترط شخصاً معيناً لكفالة الدَّين، أو كان الكفيل قد التزم دون عِلْمِ المدين أو رغم معارضته.

وهكذا يظهر من نصِّ المادة المذكورة وخصوصاً في فقرتها الأولى أنها تحقق «مقصود الشارع من الكفالة، إذ هي للتوثيق، فإذا التزم المدين بأن يقدم كفيلاً، فإن ما يتحقق به مقصود العاقدَيْن ومقصود الشارع هو أن يكون الكفيلُ موسراً، وكذلك الإقامة في البلد حتى يمكن الحصول على الدَّين من الكفيل إذا لم يَفِ به المدين[1]».

ولا يخفى أن حكمة مشروعية الكفالة هي كونها صورة من صور التعاون على الخير الذي حث الله تعالى عليه بقوله: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلْعِقَابِ﴾ [المائدة: ٢]. ووجه التعاون فيها أنها تسهيل لعقود الناس ومداييناتهم التي يحتاجون إليها، ورفعٌ لخوف الدائن على ماله بتوثيقه وحفظِهِ له من الضياع، وإزالةٌ لخوف المدين على نفسه من العجز عن الوفاء. ومن هنا كانت عوناً للدائن والمدين معاً[2].

يقول الزاهد البخاري[3]: «وأما الحسن في الكفالة: فإن فيها إظهارَ

(١) نخبة من العلماء، مشروع تقنين الشريعة الإسلامية: قانون المعاملات المدنية (٢/ ٣٠٦) ـ بواسطة: د. حسن الرفاعي، العسرة المادية ص: ١٣٧ ـ ١٣٨.

(٢) د. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات ص: ١١٨.

(٣) هو محمد بن عبد الرحمٰن بن أحمد البخاري، العلائي، الحنفي، أبو عبد الله، الملقب بالزاهد، فقيه، أصولي، متكلم، مفسر، واعظ، توفي سنة ٥٤٦هـ. من آثاره: تفسير القرآن، ومحاسن الإسلام وشرائع الإسلام. (السيوطي، معجم المفسرين ص: ٩٤؛ وكحالة، معجم المؤلفين ٣/ ٣٨٩).

الشفقة ومراعاة الأخوة ببذل الذمة ليضمها إلى الذمة، فيتفسح[1] وجه المطالبة، ويسكن قلب المطالب بسبب السعة»[2].

إنَّ عقد الكفالة يرتب التزامات على الكفيل لصالح الدائن، الأمر الذي يتحقق معه صيانة الحقوق، وصيانة المجتمع ككل من أن تتفشى فيه لغة الجحود والنكران للحقوق، فضلاً عن الودِّ والرحمة التي تعم كل الأرجاء وهو ما يرمي إليه الشارع من تشريعه للعقود وغيرها[3].

وإنَّ من أهم مقاصد الكفالة المالية في التشريع الإسلامي ما يأتي:

١ ـ حفظ المال بالتوثق، والرفق والتوسعة على الغريم، وفي هذا تفريج كرب الطالب الخائف على ماله.

٢ ـ رفع ذلِّ المطالبة عن المدين، وتفريج كربه من الخوف على نفسه من القصور في دفع الحق.

٣ ـ وجوب التحاب والتآلف بين الناس، وقد سمى الله تعالى نبيّاً بـ (ذي الكفل)؛ لأنه كفل جماعة من الأنبياء لملك أراد قتلهم[4].

إنَّ تشريع الكفالة يمنع وقوع المنازعة والتخاصم بين الناس، قال الله تعالى: ﴿لَّا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَىٰهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَٰحٍ بَيْنَ ٱلنَّاسِ ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ ٱبْتِغَآءَ مَرْضَاتِ ٱللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا ﴿١١٤﴾﴾ [النساء: ١١٤]. ولا شك أنَّ الكفالة من الأعمال التي تحقق المصلحة الشرعية[5].

---

(١) في الأصل: «فيتفسخ» ويظهر ـ والله أعلم ـ أنه خطأ مطبعي، والصواب ما أثبته.

(٢) محمد بن عبد الرحمٰن البخاري، محاسن الإسلام وشرائع الإسلام (ط:٣؛ بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٥م) ص:٩٤.

(٣) د. أحمد برج، الكفالة بالمال ص:١٥.

(٤) ينظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير (٧/ ١٦٢)؛ ومحمود مروح، الكفالة ص:٢٦.

(٥) د. أحمد برج، المرجع السابق ص:٢٦.

إنَّ تشريع الكفالة يحقق التيسير على المسلمين، ويدفع عنهم ألم الحاجة، فقد يشتري إنسان سلعة هو في حاجة إليها ولا يجد الثمن، ولا يطمئن البائع إليه فلا يرضى بإنظاره به ولا يتيسر له رهن يضعه به، وقد لا يرضى البائع بالرهن، فيحتاج في هذه الحالة إلى كفيل، وقد يستقرض مالاً هو في حاجة إليه، ويطلب المقرض كفيلا، وقد يقع في جناية يعاقب عليها وهو بعيد عن بلده، وعليه حقوق وتبعات يضطر إلى أجل للقيام بها فيحتاج إلى من يكفله حتى يذهب ويعود، وهكذا في سائر الحوائج الإنسانية، الأمر الذي يتأكد معه أن تشريعها يتماشى مع المقاصد الشرعية، حيث إن المصلحة في تشريعها واضحة، كما أن الواقع يقرر أن الحاجة إليها أكيدة، والشريعة قد جاءت لتحقق اليسر وترفع الحرج في نفس الوقت الذي تعمل فيه على تحقيق مصالح العباد(١).

قال ابن الهمام (ت٦٨١هـ): ومحاسن الكفالة جليلة وهي: تفريج كرب الطالب الخائف على ماله، والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفيا مؤنة ما أهمهما وقر جأشهما وذلك نعمة كبيرة عليهما ولذا كانت الكفالة من الأفعال العالية حتى امتن الله بها حيث قال: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧]، . . . يتضمن الامتنان على مريم، إذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بأن أتاح لها ذلك، وسمى نبيا بذي الكفل لما كفل جماعة من الأنبياء لملك أراد قتلهم، وسبب وجودها تضييق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج رفعه عنه إما تقرباً إلى الله تعالى، أو إزالة للأذى عن نفسه إذا كان المطلوب ممن يهمه ما أهمه(٢).

هذا، وإن الكفالة لها ميزة خاصة في نظر عدد كبير من الفقهاء،

---

(١) د. أحمد برج، الكفالة بالمال ص:٢٦ ـ ٢٧.

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير (٧/ ١٦٢).

حيث قالوا بأن الدَّين يثبت في ذمة الكفيل علاوة على ثبوته في ذمة المكفول عنه، ومن حق المكفول له مطالبة من شاء منهما بالدَّين مطلقاً. ولا شك أن هذا الاعتبار يدعم حفظ الدَّين ويزيده تأكيداً.

ومع هذا فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى أربعة أقوال هي:

ـ **القول الأول**: إن الدَّين يثبت في ذمة الكفيل علاوة على ثبوته في ذمة المكفول عنه، ومن حق المكفول له مطالبة من شاء منهما بالدَّين مطلقاً. وهذا مذهب الحنفية في أحد القولين عنهم[(١)]، وهو القول الأول لمالك (ت١٧٩هـ)[(٢)]، ومذهب الشافعية[(٣)]، والحنابلة[(٤)].

ـ **القول الثاني**: إن الشيء الثابت في ذمة الكفيل هو حق المطالبة دون أصل الدَّين، ومن ثم فإن فائدة الكفالة تتمثل في تكثير محلّ المطالبة. وذهب إلى هذا القول عدد من كبار علماء الحنفية[(٥)].

ـ **القول الثالث**: التفصيل في المسألة؛ بأنه إذا أمكن الأخذ من المكفول عنه فلا حق للمكفول له في مطالبة الكفيل، وإن لم يمكن الأخذ فله مطالبته، إلا إذا شرط المكفول له مطالبة من شاء منهما فيعمل بالشرط. وهذا هو القول الثاني للإمام مالك بن أنس (ت١٧٩هـ)[(٦)].

---

(١) ينظر: السرخسي، المبسوط (١٩/ ١٦١)؛ والكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ١٤)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٢٨١ ـ ٢٨٢).

(٢) ينظر: مالك بن أنس، المدونة (٥/ ٢٥٦)؛ وابن عبد البر، الكافي ص:٣٩٩؛ وابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٢٩٦).

(٣) ينظر: الشافعي، الأم (٣/ ٢٣٤)؛ والشيرازي، المهذب (١/ ٤٤٩).

(٤) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٥٩٠)؛ وابن تيمية الجد، المحرر في الفقه (١/ ٣٣٩).

(٥) ينظر: المرغيناني، الهداية (٣/ ٩٦)؛ والكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ١٤)؛ والموصلي، الاختيار (٢/ ١٦٧)؛ وابن الهمام، شرح فتح القدير (٧/ ١٦٣)؛ والزيلعي، تبيين الحقائق (٤/ ١٤٦).

(٦) ينظر: مالك بن أنس، المدونة (٥/ ٢٥٦)؛ وابن عبد البر، ص:٣٩٩؛ ومحمد عرفة، حاشية الدسوقي (٣/ ٣٣٧).

ـ **القول الرابع**: إن الدَّين ينتقل إلى ذمة الكفيل، وتبرأ ذمة المكفول عنه. وهذا القول للظاهرية[(١)]، وهو مروي عن عبد الله بن شبرمة[(٢)] (ت١٤٤هـ)[(٣)]، وابن أبي ليلى (ت٨٢هـ)، وأبو ثور (ت٢٤٠هـ)، وهو رواية عن أحمد (ت٢٤١هـ) في حالة موت المكفول عنه[(٤)].

الأدلة:

أ ـ أدلة القول الأول:

استند الجمهور إلى السُّنَّة والمعقول.

١ ـ من السُّنَّة:

ـ حديث قَبيصَةَ بن مُخَارِق الهلالي رضي الله عنه قال: تحملت حمالة فأتيت رسول الله ﷺ أسأله فيها، فقال: «**أقم حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها**». قال: ثم قال: «**يَا قَبيصَةُ إِنَّ المسْأَلَةَ لَا تَحِلُّ إلا لأَحَدِ ثلاثةٍ: رَجُلٌ تَحَمَّلَ حَمَالَةً فَحَلَّتْ لَهُ المسْأَلَة حَتَّى يُصِيبَهَا ثم يُمْسِكُ، وَرَجُلٌ أَصَابتهُ جَائحَةٌ اجْتَاحَتْ مَالَهُ فَحَلَّتْ لَهُ المسألةُ حَتَّى يُصيبَ قِوَاماً مِنْ عَيْشٍ، أو قال: سِدَاداً من عيش، ورجلٌ أصابته فاقةٌ حتى يقوم ثلاثةٌ من ذوي الحِجَا من قومه لقد أصَابَتْ فُلاناً فَاقَةٌ فَحلَّتْ لَهُ المسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ قِوَاماً مِنْ عَيْش، أَوْ قَالَ: سِدَاداً مِنْ عَيْشٍ، فَمَا سِوَاهُنَّ مِنَ المسألةِ ـ يا قبيصة ـ**

---

(١) ينظر: ابن حزم، المحلى (٨/ ٥٢٤ ـ ٥٢٥).

(٢) هو عبد الله بن شبرمة بن الطفيل بن حسان، أبو شبرمة، الضبي ـ نسبة إلى ضبة ـ من أهل الكوفة، ولد عام ٧٢هـ كان ثقة فقيهاً عفيفاً حازماً، ولي القضاء على السواد، وروى عن أنس والتابعين، وروى عنه عبد الملك وسعيد وابن المبارك وآخرون. (ابن حجر، تهذيب التهذيب ٥/ ٢٥٠).

(٣) ينظر: ابن حزم، المحلى (٨/ ٥٢٧)؛ وابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٢٩٦).

(٤) ينظر: ابن مفلح، المبدع (٤/ ٢٤٨)؛ والمرداوي، الإنصاف (١/ ١٨٩ ـ ١٩٠).

سُحْتاً يَأكلُهَا صَاحِبُهَا سُحْتاً»[1].

ووجه الدلالة من الحديث أنه أفاد إباحة المسألة من أجل الحمالة، والمراد بها ما يتحمله الإنسان عن غيره من دية أو غرامة[2]، وهذه الإباحة مطلقة ليس فيها اعتبار لحال المتحمل عنه؛ فيدل الحديث من هذا الإطلاق على أن الضامن يطالب بما ضمن، ويتعلق الدَّين بذمته إذ الضمان نوع من أنواع الحمالة[3].

ـ حديث جابر بن عبد الله ﵄ قال: توفي رجل فغسلناه وحنطناه وكفناه، ثم أتينا به رسول الله ﷺ يصلي عليه، فقلنا: تصلي عليه، فخطا خطى ثم قال: «**أَعَلَيْهِ دَيْنٌ؟**» قلنا: ديناران، فانصرف فتحملهما أبو قتادة، فأتيناه فقال أبو قتادة: الديناران عليَّ، فقال رسول الله ﷺ: «**أَحَقَّ الغَرِيمَ وَبَرِئَ مِنْهُمَا الميتُ**»، قال: نعم، فصلى عليه ثم قال بعد ذلك بيوم: «**مَا فَعَلَ الدِينَارَانِ؟**» فقال: إنما مات أمس، قال: فعاد إليه من الغد فقال: قد قضيتهما، فقال رسول الله ﷺ: «**الآن بَرَّدْتَ عَلَيْهِ جِلْدَهُ**»، فقال معاوية بن عمرو في هذا الحديث: فغسلناه، وقال: فقلنا نصلي عليه[4].

---

(١) أخرجه: مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الزكاة، باب من تحل له المسألة (٢/ ٧٢٢).

(٢) النسائي، السنن الكبرى (٥/ ٩٠).

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٢٩٧).

(٤) أخرجه: أحمد، المسند (٣/ ٣٣٠)؛ والحاكم، المستدرك (٢/ ٦٦) بلفظ: عن جابر ﵁ قال: ثم مات رجل فغسلناه وكفناه وحنطناه ووضعناه لرسول الله ﷺ حيث توضع الجنائز، ثم مقام جبريل، ثم آذنا رسول الله ﷺ بالصلاة عليه، خطى ثم قال: «**لعل على صاحبكم ديناً**»، قالوا نعم ديناران، فتخلف. فقال له رجل منا يقال له أبو قتادة: يا رسول الله هما عليَّ، فجعل رسول الله ﷺ يقول: «**هما عليك وفي مالك والميت منهما بريء**»، فقال: نعم، فصلى عليه فجعل رسول الله ﷺ إذا لقي أبا قتادة يقول: «**ما صنعت الديناران؟**» حتى كان آخر ذلك قال: قد قضيتهما يا رسول الله، قال: «**الآن حين بردت عليه جلده**». قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه».

ووجه الدلالة في قوله ﷺ: «**أحق الغريم وبرئ منهما الميت**»، حيث أثبت الدَّين بالكفالة في ذمة الكفيل. كما دل قوله ﷺ: «**الآن بردت عليه جلده**» على بقاء الدَّين في ذمة المكفول عنه مع تحمل الكفيل له، فأفاد الحديث في جملته تعلق الدَّين بالذمتين جميعاً[1]. وإذا تعلق بهما حُقَّ للمكفول له مطالبة أيهما شاء[2].

٢ ـ من المعقول:

ـ إن الكفالة وثيقة؛ كالشهادة. وهي لا تنقل الحق بل توثقه فكذلك الكفالة[3].

ـ إن الكفالة إقراض للذمة، والتزام المطالبة ينبئ عن التزام أصل الدَّين[4].

ـ من المتفق عليه أن الكفيل مطالب بالدَّين؛ كالأصيل، وبما أن المطالبة فرع للدين فلا يتصور الفرع دون الأصل، ومن المحال المطالبة بدين إذا لم يكن ثمنه دَيْناً، ولذلك لا بد من القول بثبوت الدَّين في ذمة الكفيل؛ كالأصيل[5].

ـ مما يؤكد ثبوت الدَّين في ذمة الكفيل أمور هي[6]:

١ ـ إذا وهب صاحب الحق الدَّين للكفيل صحَّت الهبة، وكان للكفيل حق الرجوع على الأصيل بما ملكه بالهبة، ولو لم تكن ذمته مشغولة بأصل الدَّين لما صحَّت هبة الدَّين له، لعدم جواز هبة الدَّين لمن ليس عليه.

---

(١) ابن قدامة، المغني (٤/ ٦٠٤).

(٢) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص:٢١٩.

(٣) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٦٠٤)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ٢٠٨).

(٤) السرخسي، المبسوط (١٩/ ١٦١).

(٥) علي حيدر، درر الحكام (١/ ٧٢٨).

(٦) علي فكري، المعاملات المادية والأدبية (ط:١؛ مصر: مطبعة الحلبي، ١٩٣٨م، ٢/ ١١)، بواسطة: محمود مروح، الكفالة ص:٥٧.

٢ ـ إذا اشترى صاحب الدَّين من الكفيل سلعة بدينه صحَّ عقد البيع، ولو لم تكن ذمة الكفيل مشغولة بالدَّين لما صحَّ البيع؛ لأن الشراء بالدَّين لا يصح إلا ممن عليه الدَّين.

٣ ـ لو مات الكفيل أخذ من تركته بمقدار سداد الدَّين للطالب، ولو لم تكن ذمته مشغولة بأصل الدَّين لسقطت عنه المطالبة بموته.

ب ـ أدلة القول الثاني:

استند علماء الحنفية في قولهم إلى أنه من المتفق عليه أن الدَّين يبقى في ذمة الأصيل بعد الكفالة كما كان الأمر قبلها، وعليه فإنه لا يمكن أن يتصور ثبوت الدَّين في ذمة الكفيل أيضاً؛ لأنه سيصبح دينين بدل دَيْن واحد. وعلى هذا فإن التوثق الذي يوجب الكفالة يحصل بثبوت حق المطالبة في ذمة الكفيل ولا حاجة إلى ثبوت الدَّين في ذمته(١).

ج ـ أدلة القول الثالث:

مستند هذا القول قياس الكفالة على الرهن، فالكفيل إنما أخذ توثقة فأشبه الرهن، فكما أنه لا سبيل إلى الرهن إلا عند عدم الوفاء، فكذلك لا سبيل إلى الضامن إلا عند عدم الاستيفاء من المضمون عنه(٢).

د ـ أدلة القول الرابع:

استند أصحاب هذا القول إلى السُّنَّة والمعقول.

١ ـ من السُّنَّة:

ـ حديث علي رضي الله عنه قال: ثم كان رسول الله ﷺ إذا أتى بالجنازة لم

(١) ينظر: المرغيناني، الهداية (٣/ ٩٦)؛ والكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ١٥)؛ والموصلي، الاختيار (٢/ ١٦٧)؛ وابن الهمام، شرح فتح القدير (٧/ ١٦٣)؛ والزيلعي، تبيين الحقائق (٤/ ١٤٦).

(٢) ينظر: المواق، التاج والإكليل (٥/ ١٠٤)؛ والخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل (٦/ ٢٨).

يسأل عن شيء من عمل الرجل ويسأل عن دَيْنِهِ، فإن قيل: عليه دَيْنٌ كَفَّ عن الصلاة عليه، وإن قيل: ليس عليه دَيْنٌ صَلَّى عليه. فأتي بجنازة فلما قام ليكبِّر سأل رسول الله ﷺ أصحابه: «**هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ دَيْنٌ؟**» قالوا: ديناران، فعدل رسول الله ﷺ عنه وقال: «**صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ**»، فقال علي رضي الله عنه: هُمَا عَلَيَّ يا رسول الله بَرِئَ منهما، فتقدَّم رسول الله ﷺ فصلَّى عليه، ثم قال لعلي بن أبي طالب: «**جَزَاكَ اللهُ خَيْراً، فَكَّ اللهُ رِهَانَكَ كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيكَ، إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ مَيِّتٍ يَمُوتُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ إِلَّا وَهُوَ مُرْتَهَنٌ بدَيْنِهِ، وَمَنْ فَكَّ رِهَانَ مَيِّتٍ فَكَّ اللهُ رِهَانَهُ يَوْمَ القِيَامَةِ**»، فقال بعضهم: هذا لعلي عليه السلام خاصة أم للمسلمين عامة؟ فقال: بل للمسلمين عامة[1].

ووجه الدلالة من الحديث أن قوله ﷺ: «**فَكَّ اللهُ رِهَانَكَ كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيكَ**» يفيد أنَّ المكفول عنه ـ وهو الميت ـ قد برئت ذمته حيث تحمل الكفيل دينه، وفك رهانه[2].

ـ حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما السابق ذكره ضمن أدلة الجمهور أصحاب القول الأول.

ووجه الدلالة من الحديث في قوله ﷺ: «**أحق الغريم وبرئ منهما الميت**»، إذ معنى قوله ﷺ: «**أحق الغريم**»؛ أي: ثبت ووجب حق الغريم (المكفول له) عليك. وبرئت ذمة المكفول عنه منهما. وفي هذا دليل على انتقال الدَّين من ذمة المكفول عنه إلى ذمة الكفيل[3].

٢ ـ من المعقول:

القياس على الحوالة[4]؛ فالحوالة تنقل الحق من ذمة المحيل إلى

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) ابن حزم، المحلى (٨/ ٥٢٩).
(٣) ابن حزم، المرجع نفسه (٨/ ٥٣٢).
(٤) الحوالة في اللغة مأخوذة من التحويل وهو النقل من موضع إلى آخر، وفي =

ذمة المحال عليه فكذا الكفالة. فالحوالة والكفالة سواء[1].

• المناقشة والترجيح:

أ ـ مناقشة أدلة القول الأول:

ـ بالنسبة لدليلهم الأول وهو أن التزام المطالبة بشيء ينبئ عن التزام هذا الشيء نفسه، يرد عليه بأن هذا ليس مطرداً في جميع الحالات، فإن الوكيل ـ مثلاً ـ مطالب بالثمن وهو على الموكل حتى لو أبرأ البائع الموكل عن الثمن جاز وسقطت المطالبةُ عن الوكيل[2].

ـ وأما دليلهم الثاني، وهو أن المطالبة فرع للدَّين، ولا يتصور الفرع بدون الأصل، فيجاب عليه بأنَّ المطالبة قد تفارق الدَّين أحياناً، ولا يعني هذا سقوط الالتزام بأداء الدَّين، ومثال ذلك تأجيل الدَّين لمدة معينة، فإن المطالبة به تسقط خلال هذه المدة ويبقى الدَّين قائماً ولا يسقط[3].

ـ بالنسبة لما ذكروه من حالات في دليلهم الثالث، وكون هذه الحالات لا تصح لو لم يكن الدَّين ثابتاً في ذمة الكفيل، فيمكن الردّ على استدلالهم هذا بأن مثل هذه الحالات تعتبر استثنائية، وقد اعتبر فيها الدَّين ثابتاً في ذمة الكفيل لضرورة تصحيح مثل هذه التصرفات لا أكثر[4].

ب ـ مناقشة أدلة القول الثاني:

ذكر أصحاب هذا القول في دليلهم الأول: أن ثبوت الدَّين في ذمة

= الاصطلاح: نقل الدَّين من ذمة إلى أخرى. (د. نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص:١٢٢).

(١) ابن قدامة، المغني (٤/٦٠٣).

(٢) الموصلي، الاختيار (٢/١٦٧).

(٣) محمود مروح، الكفالة ص:٥٨.

(٤) محمود مروح، المرجع نفسه.

الكفيل سيجعل من الدَّين الواحد دينين، ويمكن الرد عليهم بأن تعدد محال التزام الحق لا يعني بالضرورة تضاعف هذا الحق، وعليه فلا يلزم من ثبوت الدَّين في ذمة الكفيل صيرورة الدَّين الواحد دينين؛ لأن الاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما، وإن كان الدَّين ثابتاً في ذمتيهما(١)، ولهذا أمثلة منها:

ضمان المغصوب إذا غصب من غاصبه؛ فكلٌ من الغاصب الأول والثاني ضامن لقيمة المغصوب، والمالك ليس له إلا قيمة واحدة؛ إذ ليس له إلا الاستيفاء من أحدهما فإذا اختار تضمين أحدهما برأ الآخر(٢).

وبعبارة أخرى يقال: إن الذمتين إنما اشتغلتا بدَيْن واحد كالرهنين بدَيْن واحد، وكما هو الحال في فرض الكفاية فإنه يتعلق بكل المكلفين ويسقط بفعل بعضهم؛ فالتعدد ليس في الدَّين المكفول وإنما في محل الكفالة، ولا محذور في تعدد محل الكفالة وإنما المحذور في تغريمهما الدَّين كلا على حدة(٣)، وهذا غير وارد على القول بثبوت الدَّين والمطالبة عليهما جميعاً.

جـ ـ مناقشة أدلة القول الثالث:

يمكن أن يجاب عن قياس الكفالة على الرهن بأنه قياس مع الفارق، والفارق بينهما أن الكفالة من باب التبرعات والالتزام، أما الرهن فمن توابع المعاوضات. ولا شك أن التبرعات خلاف المعاوضات فلا يقاس أحدهما على الآخر(٤).

---

(١) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٢٢٠ ـ ٢٢١؛ ومحمود مروح، المرجع نفسه ص: ٥٩.

(٢) ينظر: السرخسي، المبسوط (١٩/ ١٦١)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٢٨٢).

(٣) الرملي، نهاية المحتاج (٤/ ٤٥٨).

(٤) د. صالح الهليل، توثيق الديون ص: ٢٢١ ـ ٢٢٢.

د ـ مناقشة أدلة القول الرابع:

ـ إنَّ المراد بقوله ﷺ: «**فَكَّ اللهُ رِهَانَك كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيكَ**» أنَّ الميت كان بحال لا يصلي عليه النبي ﷺ فيها، فلما ضمنه عليٌّ رضي الله عنه أخرجه من تلك الحال أو مما في معناه(١).

ـ إنَّ المراد بقوله ﷺ: «**وَبَرِئَ مِنْهُمَا المَيِّتُ**»؛ أي: صرت أنت المطالب بهما، وهذا على سبيل التأكيد لثبوت الحق في ذمة الضامن ووجوب الأداء عليه بدليل قوله في سياق الحديث حينما أخبره بالقضاء: «**الآن بردت عليه جلده**»؛ ففي هذا النص دلالة على أن الحق ما زال متعلقاً بذمة المكفول عنه، فلما قضاه الكفيل رفع العذاب عنه(٢).

ـ إنَّ الكفالة والحوالة مختلفان فلا يقاس أحدهما على الآخر، ذلك لأن الكفالة تقتضي الضم بين الذمتين في تعلق الحق وثبوته فيهما. أما الحوالة فتقتضي تحويل الحق من محله إلى محل آخر، وعلى هذا لا يُسَوَّى بينهما في الحكم نظراً لاختلاف المعنى(٣).

هـ ـ الترجيح:

من خلال عرض الأقوال المختلفة في المسألة وبيان أهم ما استند إليه كل فريق في تأييد ما انتهى إليه في بحثها، وبعد المناقشة يظهر ـ والله أعلم ـ رجحان القول الأول. وذلك للأسباب التالية:

ـ قوة أدلة الجمهور وسلامة معظمها من المعارض، في حين يبدو أن أدلة المخالفين لا تقوى على إثبات مطلوبهم، لكون أغلبها عقلية ولم تسلم من الاعتراض.

---

(١) ابن قدامة، المغني (٤/ ٦٠٤).

(٢) المرجع نفسه.

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٢٩٦)؛ وابن قدامة، المرجع نفسه (٤/ ٦٠٤).

- إن الكفيل متبرع بكفالته، ومن ثم فيكون مطالباً بأداء الحق الذي ألزم نفسه به، إلا إذا اشترط أنه لا يتكفل بالدَّين إلا عند تعذُّر الوفاء من المدين الأصلي لأي سبب كان فعندئذ لا يطالب إلا عند تحقق الشرط.

- إن الغرض من الكفالة هو توثيق الدَّين وحفظه، وإن القول بثبوت الدَّين في ذمة الكفيل وكذا المكفول عنه، وللمكفول له مطالبة من شاء منهما؛ يُعَدُّ أكثر تحقيقاً لما شُرعت الكفالة لأجله.

أما في خطاب الضمان فالظاهر من خلال تعريفه أنه صريح في كون الرجوع للمصرف بمقتضى الخطاب يكون عند عدم وفاء المدين بالتزامه، وهذا بمثابة تعليق الضمان بالشرط وهو متوافق مع ما سبق ترجيحه في الرجوع إلى الكفيل في كفالته.

ذلك أن تعليق الضمان بالشرط الملائم جائز عند الحنفية[(١)]، والمالكية[(٢)]، وفي أحد قولين عند الحنابلة[(٣)]، والأصح عند الشافعية عدم الجواز، والثاني الجواز[(٤)].

أمّا إذا كان فشل العميل في دفع المبلغ المستحق عليه لعدم وفائه بالتزامه ولم يكن الضمان معلقاً بالشرط، فإنه يكون مقبولاً أيضاً وفقاً للقول الثاني السابق ذكره في المسألة السابقة وهو المروي عن مالك بن أنس (ت١٧٩هـ) من أنه لا يجوز مطالبة الكفيل إلا عند تعذر مطالبة الأصيل[(٥)]، وإن كان رأي الجهور أن الدائن له أن يطالب الكفيل بأداء الدين، دون أن يتقيد في ذلك بتعذر مطالبة الأصيل[(٦)].

---

(١) ابن عابدين، حاشية رد المحتار (٤/ ٣٦٩).
(٢) الدردير، الشرح الصغير (٣/ ٤٣٢).
(٣) ابن قدامة، المغني (٤/ ٤٤١).
(٤) الرملي، نهاية المحتاج (٤/ ٤٤١).
(٥) الدردير، الشرح الصغير (٣/ ٤٣٨).
(٦) علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي (لا.ط؛ القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٩٧م) «القسم الثاني» ص:١٠٢.

أهمية خطاب الضمان في حماية الديون:

تتمثل أهمية خطاب الضمان في أنها تعمل على توفير الثقة بين المتعاملين في أسواق السلع، والخدمات، سواء على المستوى المحلي، أو على المستوى العالمي. كما أنها تساعد على حسن انتظام الأعمال، وتفادي أية أعطال أو معوقات ترتبط بتأخير العمل، وهو ما يؤدي بدوره إلى تدفق الأموال لأغراض الاستثمار في العديد من مجالات النشاط الاقتصادي، فضلاً عن تدفق مستلزمات الإنتاج، والمواد الخام، أو الوسيطة، بما يضمن انتظام دورة التشغيل في المصانع، وفي الاقتصاد القومي بصفة عامة[١].

ويلاحظ أنه في بعض الحالات، تشترط بعض الجهات، أو المشروعات، الحصول على خطاب ضمان لأداء الأعمال، بدلاً من الحصول على مقدم نقدي، أو تأمين نقدي، وفي مثل هذه الحالات يصلح الخطاب ليكون بديلاً عن النقود، حيث يمكن للمستفيد من خطاب الضمان، الحصول على مستحقاته من البنك، إذا لم يوف العميل بالتزاماته للمستفيد، وذلك في حدود المبلغ المذكور في خطاب الضمان[٢].

وفي بعض الحالات نجد أن رجال الأعمال، يلجؤون إلى أحد البنوك لإصدار خطاب ضمان، يقدم إلى مصلحة الضرائب؛ كأحد المستندات المطلوبة لموافقة المصلحة على تقسيط قيمة الضرائب المستحقة على العميل أو المستثمر. وفي هذه الحالة يعتبر البنك كفيلاً لهذا العميل أمام مصلحة الضرائب، ويلتزم بالسداد إذا لم يقم العميل بالسداد[٣].

وفي حالات أخرى نجد أن العميل الأجنبي الذي يستعد لمغادرة

(١) د. حمدي عبد العظيم، خطاب الضمان في البنوك الإسلامية ص:١٨.
(٢) المرجع نفسه.
(٣) المرجع نفسه.

البلاد، ولكنه مدين لمصلحة الضرائب، يمكنه تقديم خطاب ضمان إلى المصلحة بقيمة الضرائب المستحقة عليه، وهو ما يؤدي إلى تسهيل الإجراءات الإدارية، وتحسين المناخ الاستثماري، وفي الوقت نفسه، حماية حقوق الخزانة العامة[١].

ولا يخفى أن حصول المستفيد على مستحقاته المالية ـ في حالة عدم وفاء العميل له بالمبالغ المستحقة عليه ـ يؤدي إلى منع الضرر، أو الخسائر التي يمكن أن تلحق بالمتعاملين، وهو ما يؤدي إلى اطمئنان هؤلاء المتعاملين على حقوقهم المالية، ومن ثم استقرار أوضاع النشاط الاقتصادي، وتنمية حركة التجارة الداخلية والخارجية. وذلك مع ملاحظة أن البنك الضامن لن يتحمل أية خسارة، طالما أن لديه ضمانات على العميل، وطالما أن كافة البنوك ـ الآن ـ أصبح لديها أجهزة للدراسات الاقتصادية للجدوى، وأجهزة للتنبؤ، وللمساعدة في اتخاذ القرارات الائتمانية، مما يؤدي إلى انخفاض احتمالات الخطر، بالنسبة لأموال البنوك إلى أدنى الحدود[٢].

ويرى البعض أن خطاب الضمان يساهم في تحقيق التكافل بين أفراد المجتمع، عندما يقدم خطاب الضمان عن رضا وطيب نفس، دون انتظار مقابل[٣].

وفي حالة الرجوع على العميل، ومطالبته بالسداد، فيكون العقد معاوضة. ومن ثم فإن ضمان البنك للمستفيد جائز دون رضا العميل، طالما أنه يجوز للبنك السداد، أو قضاء الدَّين دون موافقة العميل[٤].

---

(١) د. حمدي عبد العظيم، المرجع السابق ص:١٨ ـ ١٩.

(٢) المرجع نفسه ص:١٩.

(٣) المرجع نفسه.

(٤) د. محمد الشحات الجندي، فقه التعامل المالي والمصرفي الحديث (لا.ط؛ القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨٩م) ص:١٦٠ ـ ١٦٢.

ويلاحظ أن البنك لا يلجأ إلى مثل هذه التصرفات دون طلب، أو موافقة العميل، إلا إذا كانت دراسات البنك توصي باتباع ذلك من أجل إنقاذ العميل، وعدم تعرضه للإفلاس على نحو يؤدي إلى حماية أموال البنك لدى العميل، التي تكون في ذمته من قبل، وذلك كإجراء مصرفي لتعويم العميل، ومساعدته على سداد التزاماته لدى الغير، ولدى البنك في الوقت نفسه(١).

ويجدر الإشارة إلى أن هناك بعض خطابات الضمان التي يقدمها العميل للمستفيد، مقابل مبلغ التعويض، أو الشرط الجزائي الذي يتضمن عقوبة، أو غرامة مالية لصالح المستفيد، وفي هذه الحالة يؤدي خطاب الضمان إلى زيادة درجة الثقة، والاطمئنان من حسن تنفيذ الأعمال، أو عدم الإخلال بالالتزامات المتعاقد عليها بين المستفيد والعميل، حيث يرتبط التزام البنك بالتزام العميل المدين للمستفيد(٢).

ويمكن لخطابات الضمان ـ من ناحية أخرى ـ أن تعمل على دعم الثقة في الأوراق التجارية (مثل: الكمبيالات) المسحوبة على أحد البنوك، حيث يوقع البنك على الورقة بقبولها. كما يمكن للبنك أن يوقع بكفالته عليها؛ كضمان احتياطي لالتزام المسحوب عليه(٣).

وفي كافة هذه الحالات تزيد درجة الثقة والاطمئنان والاستقرار في المعاملات والأسواق المالية. وهكذا نجد أن خطابات الضمان تعتبر وسيلة هامة لدفع عملية التنمية الاقتصادية، وتحقيق الاستقرار الاقتصادي في نفس الوقت(٤).

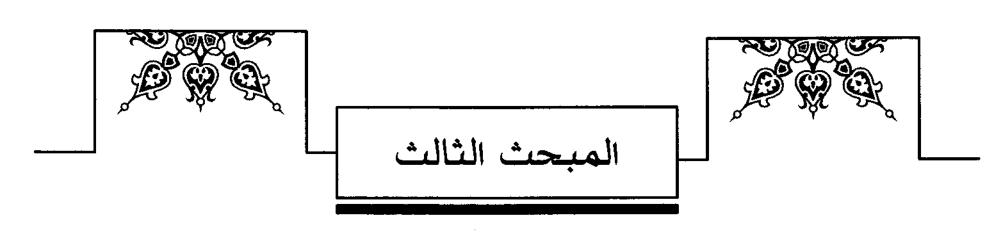
---

(١) د. حمدي عبد العظيم، خطاب الضمان في البنوك الإسلامية ص:١٩.

(٢) المرجع نفسه.

(٣) د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية (لا.ط؛ القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨١م) ص:٤٩٦.

(٤) د. حمدي عبد العظيم، المرجع السابق ص:٢٠.



التأمين ودوره في حماية الديون

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التأمين وبيان أقسامه.

المطلب الثاني: خصائص التأمين وبيان حكمه.

المطلب الثالث: دور التأمين في حماية الديون.

○ ○ ○ ○ ○

المطلب الأول

تعريف التأمين وبيان أقسامه

وسوف نبين مضمون هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين:

* الفرع الأول: تعريف التأمين

أولاً ـ تعريف التأمين لغة:

التأمين في اللغة مصدر أمَّن يؤمّن مأخوذة من الأمن وهو طمأنينة النفس وزوال الخوف، ومن الأمانة التي هي ضد الخيانة. يقال: أمَّنَهُ تأميناً وائتمنه واستأمنه[1].

وأورد علماء اللغة أن كلمة «أَمَّنَ»، ومصدرها التأمين تستعمل في

---

(١) الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن ص: ٣٥ ـ ٣٦؛ والرازي، مختار الصحاح ص: ٢٥؛ والفيومي، المصباح المنير (١/ ٢٤)، مادة: «أ م ن».

التأمين على الدعاء، وهو قول آمين بمعنى: اللهم استجب[1].

وجاء في «المعجم الوسيط»: أمَّن على الشيء: دفع مالاً منجَّماً لينال هو أو ورثته قدراً من المال متفقاً عليه، أو تعويضاً عما فقد. يقال: أمَّن على حياته، أو على داره، أو سيارته[2].

ثانياً ـ تعريف التأمين اصطلاحاً:

إن التأمين من العقود المستحدثة، والظاهر أن الفقه الإسلامي لم يعرف هذا الاسم علماً لأيٍّ نوع من أنواع المعاملات المالية إلا في عصوره المتأخرة[3].

وإن النظر إلى التأمين يدعونا إلى ضرورة التنبه إلى الفرق بين تناوله كفكرة، أو نظام، أو نظريَّة، وبين تنظيمه في شكل عقد، أو تصرف قانوني يحدد العلاقة بين الأطراف.

١ ـ تعريف التأمين كنظام أو نظرية:

لقد تعددت صيغ تعريف التأمين كفكرة أو نظام أو نظرية، ولعل أهم تلك التعريفات ما يأتي:

أ ـ تعريف د. عبد الرزاق السنهوري (ت١٣٩١هـ): «تعاوُنٌ منظَّم تنظيماً دقيقاً بين عدد كبير من النَّاس معرَّضين جميعاً لخطر واحد، حتى إذا تحقَّق الخطر، بالنسبة إلى بعضهم، تعاون الجميع على مواجهته

(١) الزمخشري، أساس البلاغة ص: ١٠؛ والفيومي، المصباح المنير (١/ ٢٥)؛ والفيروزآبادي، القاموس المحيط ص: ١٠٦٠، مادة: «أ م ن».

(٢) د. إبراهيم أنس وآخرون، المعجم الوسيط (١/ ٤٨) مادة: «أ م ن»، ورمز له «مج» بمعنى أن اللفظ أقرّه مجمع اللغة العربيّة.

(٣) ينظر: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (٥/ ٣٤١٥)؛ ود. عبد اللطيف محمود آل محمود، التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية (ط:١؛ بيروت: دار النفائس، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م) ص: ٣٧.

بتضحية قليلة يبذلها كلٌّ منهم يتلافون بها أضراراً جسيمة تحيق بمن نزل الخطر به منهم لولا هذا التعاون»[1].

ب ـ تعريف د. عيسى عبده[2]: «نظام تعاوني تضامني، يؤدي إلى توزيع أضرار المخاطر والأضرار التي تصيب فرداً معيناً على مجموع المستأمنين عن طريق التعويض الذي يدفع للمصاب من المال المجموع من حصيلة أقساطهم بدلاً من أن يحمل هذا الضرر الشخص المصاب وحده»[3].

جـ ـ تعريف مصطفى أحمد الزرقا (ت١٤٢٠هـ): «نظام تعاقدي يقوم على أساس المعاوضة، غايته التعاون على ترميم أضرار المخاطر الطارئة بواسطة هيئات منظمة تزاول عقوده بصورة فنية قائمة على أسس وقواعد إحصائية»[4].

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (٧/ ١٠٨٧).

(٢) عيسى عبده، خبير الاقتصاد الإسلامي، درس في مدرسة التجارة العليا بمصر، وفي جامعة منشستر بإنجلترا، وأسهم في تنفيذ مشروع بنك دبي الإسلامي مستشاراً ومؤسساً، كما عمل على إنشاء كلية للاقتصاد الإسلامي في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض. توفي سنة ١٤٠٠هـ. من آثاره: الربا ودوره في استغلال موارد الشعوب، الاقتصاد الإسلامي، دراسات في الاقتصاد السياسي، العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة، التأمين بين الحل والتحريم. (ينظر: محمد خير رمضان، تكملة معجم المؤلفين. ط:١؛ بيروت: دار ابن حزم، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م، ص:٤٠٥ ـ ٤٠٦).

(٣) د. عيسى عبده، التأمين بين الحل والتحريم (لا.ط؛ القاهرة: دار الاعتصام، ١٩٧٧م) ص:٢٤.

(٤) مصطفى أحمد الزرقا، نظام التأمين: حقيقته والرأي الشرعي فيه (ط:٤؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٤م) ص:٢١؛ وكذا بحثه: «عقد التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه» المنشور ضمن أعمال: أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية، مرجع سابق ص:٣٧٥.

والناظر في هذه التعريفات وما ماثلها[1] يقف على الأمور التالية:

١ ـ إيرادها لهدف من أهداف التأمين وهو التعاون.

٢ ـ ذكرها لجانب من الأسس الفنية العامة للتأمين كتجميع المخاطر المتماثلة.

٣ ـ تضمنها وسيلة تحقيق الهدف والجهة التي تقوم به.

والظاهر أن ما يُعرِّف التأمين كنظام أو نظرية ليست هي الأهداف فقط، ذلك أنَّ التعاون إنما هو هدف للتأمين التبادلي والاجتماعي دون التجاري، كما أنَّ للتأمين أهدافاً أخرى لم يرد ذكرها. أمَّا الأسس الفنية، ووسيلة تحقيق الهدف، فإنها تعبِّر عن الطريقة أو الأسلوب الذي تنتهجه الجهة التي تقوم بالتأمين.

وعلى هذا فالذي يبدو أنه يعبِّر عن فكرة التأمين العامة هو القول:

التأمين: نظام لتوزيع الخسائر المالية المحتملة، التي تلحق بالفرد في حياته أو أمواله وممتلكاته، على مجموعة من الأفراد الذين يساهمون معه في تكوين رصيد مالي لهذا الغرض[2].

وهذا التعريف ـ فيما يبدو ـ يعبِّر عن فكرة التأمين العامة بغض النظر عن اختلاف أنواعه (التبادلي، التجاري، والاجتماعي)، ودون التعرُّض للأسس الفنية أو الجهة القائمة به أو العلاقة بين أطرافه.

---

(١) كما عرَّف علي الخفيف (ت١٣٩٨هـ) التأمين بأنه «ليس إلا انضماماً إلى اتفاق تعاوني منظم تنظيماً دقيقاً بين عدد كبير من الناس، الذين يتعرضون جميعاً للخطر حتى إذا حاق خطر ببعضهم تعاون الجميع على رفعه، أو تخفيف ضرره، ببذل ميسور لكل منهم يتلافون به ضرراً عظيماً نزل ببعضهم». (د. حسين حامد حسان، حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين. لا.ط؛ القاهرة: دار الاعتصام، ١٩٧٩م، ص:١٦).

(٢) ينظر: د. عبد اللطيف آل محمود، التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامي ص:٣١.

٢ ـ تعريف التأمين كعقد أو تطبيق:

وردت عدة تعريفات لعقد التأمين في القوانين المدنية ولدى عدد من الباحثين[١].

فقد عرّف التقنين المدني الجزائري التأمين في المادة (٦١٩) منه بأنه «عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً، أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك مقابل قسط، أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن»[٢].

ونظراً لأن نظام التأمين كان مطبقاً في القوانين الأوروبية، والتي يعتبر بعضها؛ كالقانون الفرنسي من مصادر كثير من قوانيننا العربية، فإن شرَّاح القانون وفقهاءه في البلاد الأوروبية وما في حكمها، كانوا أسبق من شرَّاحه وفقهائه في البلاد العربية تعرضاً لتعريف التأمين، وبالتالي كانت آراء السابقين مرجعاً لدراسة واعتماد اللاحقين.

وقد عرَّف «هيمار» التأمين بأنه[٣]: «عقد بموجبه يحصل أحد المتعاقدين، وهو المؤمن له، في نظير مقابل يدفعه على تعهد بمبلغ يدفعه له أو للغير، إذا تحقق خطر معين المتعاقدُ الآخر وهو المؤمن، الذي

---

(١) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (٧/ ١٠٧٩)؛ ود. نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، مرجع سابق ص:٨٩، وحسين مرعي، القاموس الفقهي (ط:١؛ بيروت: دار المجتبى، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٢م) ص:٣٩؛ ود. عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم، عقد التأمين (ط:١؛ بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م) ص:٣٥ وما بعدها.

(٢) الأمر رقم ٧٥ ـ ٥٨ المؤرخ في ٢٠ رمضان عام ١٣٩٥هـ الموافق ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٧٥م والمتضمن القانون المدني.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (٧/ ١٠٩٠ ـ ١٠٩١).

يدخل في عهدته مجموعة من هذه الأخطار يجري مقاصة فيما بينها طبقاً لقواعد إحصائية».

وذكره د. زهدي يكن كما يلي[١]: «عملية يحصل أحد الفريقين، وهو المضمون، لقاء دفع قسط على تعهد لصالحه أو لصالح الغير من الفريق الثاني، وهو الضامن، يتعهد بمقتضاه هذا الأخير أداء مبلغ معين عند تحقق خطر معين، وذلك بأن يأخذ على عاتقه مجموعة من المخاطر ثم يجري المقاصة فيما بينها وفقاً لقوانين الإحصاء».

ويختار د. زهدي يكن هذا التعريف للتأمين ويؤيده[٢]، كما أنَّ د. السنهوري (ت١٣٩١هـ) يميل إليه ويعتمد عليه فيما ذهب إليه من إباحة التأمين[٣]. ويصفه د. عيسى عبده (ت١٤٠٠هـ) بأنه «أدق التعريفات وأوفرها حظاً من التوفيق»[٤]؛ ويعلل تفضيل علماء القانون لهذا التعريف بأنه:

أولاً: يصدُقُ على نوعي التأمين، فهو يشمل التأمين من الأضرار (التأمين على الأشياء والتأمين على المسؤولية)، والتأمين على الأشخاص.

ثانياً: يبرز العناصر القانونية والعناصر الفنية لعملية التأمين، فهو قد أورد العناصر التي لا بد من توفرها وهي: طرفا العقد، والخطر المؤمن منه، والقسط، والمبلغ الذي يدفعه المؤمن عند تحقق الخطر، ثم إنه لم يغفل الناحية الفنية لعملية التأمين وما تقوم عليه من أسس وهي تجميع

---

(١) د. زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود (ط:١؛ بيروت: دار الثقافة، ١٩٧٠م، ١٥/ ١٣.

(٢) د. زهدي يكن، المرجع نفسه (١٥/ ١٣ ـ ١٤).

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (٧/ ١٠٨٦ ـ ١٠٩١)

(٤) د. عيسى عبده، التأمين بين الحل والتحريم ص:١٩.

المخاطر المتحدة في النوع والطبيعة وإجراء المقاصة بينها وفقاً لقوانين الإحصاء[1].

ومن خلال تعريف التقنين المدني للتأمين وكذا ما ذكره بعض علماء القانون نجد أن أبرز خصائص[2] عقد التأمين ما يأتي:

١ ـ أنه عقد ملزم لطرفيه فيلتزم المؤمَّن له بدفع الأقساط حسب الاتفاق ويلتزم المؤمِّن بدفع التأمين عند حصول حادث محتمل.

٢ ـ كما أنه عقد معاوضة؛ لأن كلا المتعاقدين يأخذ مقابلاً لما أعطى، فالمؤمِّن يعطي قسط التأمين، والمؤمَّن له يعطي مبلغ التأمين عند تحقق ما يوجبه. وليست المعاوضة مقابل أمان محض يحصل عليه المؤمن.

٣ ـ كما أنه عقد احتمالي؛ لأن كل طرف لا يعرف كم سيدفع وكم سيعطى على وجه التحديد؛ لأن ذلك يتوقف على وقوع الخطر أو عدم وقوعه.

٤ ـ أنه عقد تجاري يهدف المؤمِّن منه إلى الربح والفائدة من خلال الأقساط المتجمعة لديه.

والظاهر أن التعاريف القانونية وإن أوضحت ماهيَّة التأمين، إلا أنها تعريفات للتأمين التجاري فحسب، ومن ثم فهي غير جامعة؛ إذ لا يدخل فيها التأمين الاجتماعي مع أنَّه نوع من التأمين[3].

التعريف المختار للتأمين كعقد أو تطبيق:

ومن هنا يمكن أن نختار تعريفاً للتأمين جامعاً لأنواع التأمين،

---

(١) د. عيسى عبده، المرجع السابق ص:١٩.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق (٧/ ١١٣٦).

(٣) د. عبد اللطيف آل محمود، التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية ص: ٣٥.

مقتصراً على ما يبيِّن ماهيته، وهو[1]:

نظام مالي يلتزم فيه المؤمن بدفع مبلغ مالي أو إيراد مرتب، أو أي عوض ماليّ آخر للمستفيد عند وقوع الحادث المرغوب فيه، أو غير المرغوب فيه، خلال مدة معينة مقابل دفع المستأمن قسط التأمين بصفة دورية أو دفعة واحدة.

شرح التعريف المختار[2]:

إنَّ من التأمين ما هو عقد ماليّ، كما في التأمين التجاري، ومنه ما هو تكافل وتآزر كما في التأمين التبادلي، ومنه ما هو تكافل اجتماعي أو كفالة اجتماعية أو هما معا كما في التأمين الاجتماعي، لذلك تمَّ تعريف التأمين بأنَّه (**نظام مالي**) ليشمل هذا التنوع في التأمين.

وأركان التأمين أربعة: وهي المؤمِّن، والمؤمَّن عليه، والخطر، ومبلغ التأمين، وقد تناولها التعريف المذكور.

ومبلغ التأمين قد يكون مبلغاً مقطوعاً، أو مبلغاً دورياً، وقد يكون تقديم خدمات للمستفيد؛ كالعلاج والتدريب، وقد تضمنها التعريف فجاء فيه: (**بدفع مبلغ مالي، أو إيراد مرتب، أو أي عوض مالي آخر**).

ومبلغ التأمين قد يعطى للمؤمن له، أو لغيره ممن يحددهم هو أو يحددهم القانون أو لهما، فجاء التعبير بـ (**للمستفيد**) ليكون شاملاً.

والتزام المؤمن بالدفع له أمد محدد إما باتفاق الطرفين، أو بتشريع القانون، وقد عبر عنه التعريف بـ «خلال مدة معينة».

ويتميَّز التأمين عن المساعدة الاجتماعية وعن الكفالة الاجتماعية بأن التزام المؤمن يقابله التزام مالي من المؤمن عليه، أو من غيره، كما

---

(١) د. عبد اللطيف آل محمود، المرجع السابق ص:٣٥.

(٢) المرجع نفسه ص:٣٥ ـ ٣٦.

في التأمين التجاري، وأكثر أنظمة التأمين الاجتماعي، ولذلك جاءت الفقرة الأخيرة من التعريف **(مقابل دفع المستأمن قسط التأمين بصفة دورية أو دفعة واحدة)**.

* الفرع الثاني: أقسام عقد التأمين

ينقسم التأمين إلى أقسام متعددة وباعتبارات كثيرة؛ ولعل أهمها تقسيمه من حيث قوة التطبيق، وكذا من حيث المحل والمردود، وثالثاً من حيث القصد من إنشائه، وأخيراً من حيث المنتفع به، وهذه الأقسام من خلال تلك الاعتبارات نوجزها فيما يلي:

أولاً ـ أقسام التأمين من حيث قوة التطبيق

ينقسم التأمين من حيث قوة التطبيق إلى قسمين[1]:

١ ـ التأمين الاختياري:

وهذا التأمين يُقْبل الأشخاص عليه طواعية من تلقاء أنفسهم، بغرض خدمة مصالحهم الخاصة، ولا تتدخل الدولة لإلزامهم به، مثل: التأمين للحياة، والتأمين للسرقة وللدَّين.

وإن تَدَخُّل الدولة في هذا النوع من التأمين إنما يكون لأجل وضع القواعد التي تحكم العلاقة بين المؤمن والمستأمن؛ وهذا حتى لا يستغل المؤمِّنُ المستأمنَ في الشروط ويجحف فيها؛ لأن عقد التأمين يعتبر من عقود الإذعان[2]، والمؤمِّن هو الطرف القوي وشروطه أكثرها مطبوع

---

(١) د. غريب الجمال، التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون (لا.ط؛ القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٧٥م) ص: ٤٠ ـ ٤١.

(٢) عقد الإذعان هو العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي، شروطاً محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة. =

ومعروض على الناس كافة وليست عرضة للتفاوض[1].

٢ ـ التأمين الإجباري:

وهو التأمين الذي تلزم الدولة به الأشخاص من غير اختيار منهم، سواء أكان التأمين تتكفل به جهة عامة تابعة للدولة أم كانت جهة خاصة، ومن أمثلة ذلك: التأمين الاجتماعي، ونظام التقاعد والمعاشات الحكومي، وكالتأمين لحوادث السيارات إذ تلزم كثير من الدول سائقي السيارات بالتأمين عليها لدى مؤسسات مرخص لها بهذه المهمة، ولصاحب السيارة اختيار إحداها لإبرام عقد التأمين[2].

ثانياً ـ أقسام التأمين من حيث محلّه (موضوعه)

ينقسم التأمين من حيث محلّه إلى أقسام ثلاثة[3]:

= هذا، وإن الأصل أن المتعاقد يملك حرية مناقشة شروط التعاقد، حيث تخضع العملية التعاقدية لمبدأ المساومة الحرة من أطراف العقد، وهذا هو شأن العقود جميعاً وبصفة عامة. والملاحظ حالياً بعد اتساع دائرة النشاط الاقتصادي، وظهور الشركات الاحتكارية أنه أصبح أحد المتعاقدين يستقل غالباً بوضع شروط التعاقد مقدماً وبشكل لا يسمح بقبول المناقشة فيها من الطرف الآخر، حيث يقتصر دور الأخير إما على قبول الصفقة كلها برمتها وإما أن يرفضها دون أن يكون له الحق في تعديلها، وغالباً ما يضطر المتعاقد الآخر إلى هذا القبول لتعلق موضوع التعاقد بمرفق أساسي لا غنى عنه، وتلك هي عقود الإذعان. (ينظر: لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن. لا.ط؛ الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، ١٩٩٠م، ص:٢٦ ـ ٣١).

(١) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (٧/ ١١٤١)؛ ود. عبد اللطيف آل محمود، التأمين الاجتماعي ص:٤١.

(٢) د. عبد اللطيف آل محمود، المرجع نفسه ص:٤١.

(٣) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (٧/ ١١٥٧ وما بعدها).

١ ـ التأمين على الأشخاص:

وهو التأمين الذي يقصد به حصول المستأمن، أو المستفيد عنه، على مقابل لما دفعه إذا حصل ضرر، أو خطر يمس سلامة جسمه أو صحته، أو قدرته على العمل[1].

وهذا القسم على أنواع:

أ ـ التأمين على الحياة: وهو التأمين الذي يتعهد بموجبه المؤمِّن في مقابل أقساط بأن يدفع لطالب التأمين أو لشخص ثالث مبلغاً من المال، عند موت المؤمَّن على حياته أو عند بقائه حياً بعد مدة معينة. ومبلغ التأمين إما أن يكون رأس مال يؤدى للدائن دفعة واحدة، وإما أن يكون إيراداً مرتباً مدى حياة الدائن، وذلك بحسب ما يتفق عليه الطرفان في وثيقة التأمين[2].

وللتأمين على الحياة صور متعددة منها[3]:

١ ـ التأمين لحالة الوفاة، ويدفع المؤمِّن للمستفيد مبلغ التأمين عند حصول وفاة المؤمَّن على حياته.

٢ ـ التأمين لحالة البقاء، ويدفع المؤمِّن للمستفيد مبلغ التأمين عند بقائه حيّاً بعد فترة زمنية محددة، فإن مات قبل ذلك فإن التأمين ينتهي وتبرأ ذمة المؤمِّن ويستبقي الأقساط التي قبضها.

٣ ـ التأمين المختلط بينهما، ويدفع المؤمِّن للمستفيد مبلغ التأمين عند السابق منهما؛ بحيث يدفع للمستفيد إذا مات المؤمَّن على حياته في

---

(١) ينظر: د. السنهوري، المرجع السابق (٧/ ١١٥٨ و١٣٧٥)؛ ود. غريب الجمال، التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون ص:٤٩ ـ ٥٦، ود. عبد اللطيف آل محمود، المرجع السابق ص:٤٢؛ ود. عبد الهادي الحكيم، عقد التأمين ص:١٥٩.

(٢) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه (٧/ ١٣٨٩).

(٣) ينظر: د. عبد الهادي الحكيم، المرجع السابق ص:١٦٩ ـ ١٧١.

خلال مدة معينة، أو يدفع للمؤمَّن على حياته نفسه إذا ظل حياً بعد انقضاء هذه المدة.

ب ـ **التأمين للمرض**: وهو أن يتعهد المؤمِّن بدفع مصاريف التشخيص والعلاج والعمليات الجراحية، وغير ذلك مما يكون المؤمَّن له في حاجة إليه عند مرضه، أو تقديم مبلغ مالي دفعة واحدة أو على أقساط، وهذا في مقابل أقساط التأمين. وقد يكون التأمين للمرض عاماً شاملاً لجميع أنواع الأمراض، وقد يقتصر على بعض محدد منها؛ كالذي يحتاج إلى إجراء عمليات جراحية، وهو تأمين للأضرار بصفة رئيسية، وتأمين على الأشخاص بصفة ثانوية[1].

جـ ـ **التأمين للإصابات**: وهو أن يتعهد المؤمِّن بدفع مبلغ معين دفعة واحدة، أو على أقساط، في حالة تعرّض المؤمَّن له لإصابات خارجية على بدنه، بالإضافة إلى تحمّل مصاريف العلاج والأدوية، بصفة كلية أو جزئية حسب الاتفاق، وهو تأمين للأشخاص بصفة رئيسية وتأمين للأضرار بصفة ثانوية[2].

د ـ **التأمين للزواج**: وهو أن يتعهد المؤمِّن بدفع مبلغ معين من المال للمؤمن له إذا تزوج قبل بلوغه سناً معينة نظير أقساط يدفعها، فإن لم يتزوج المؤمَّن له إلى تلك السن، أو توفي قبلها، فإن أقساط التأمين المدفوعة لا يتم تعويضها أو الاستفادة منها[3].

هـ ـ **التأمين للأولاد**: وهو أن يتعهد المؤمِّن بدفع مبلغ معين من المال عند ولادة كلِّ طفل للمؤمَّن له نظير أقساط يدفعها[4].

---

(١) د. عبد الهادي الحكيم، المرجع السابق ص:١٦٠.

(٢) المرجع نفسه ص:١٦١.

(٣) د. عبد اللطيف آل محمود، التأمين الاجتماعي ص:٤٣.

(٤) د. عبد اللطيف آل محمود، المرجع نفسه ص:٤٣؛ ود. عبد الهادي الحكيم، المرجع السابق ص:١٦٣.

٢ ـ **التأمين على الأشياء**: وهو التأمين على ممتلكات المؤمَّن له، والشيء المملوك قد يكون معيناً بذاته؛ كالمنزل والمصنع، وقد يكون معينا بنوعه؛ كالبضائع الموجودة في المتجر، أو المخزن، وقد يكون على النقود من تعرضها للسرقة، أو الضياع(١).

٣ ـ **التأمين للمسؤولية**: وهذا النوع من التأمين يتوجَّه لذمة المؤمَّن له، بحيث يتحمل المؤمِّن ما يترتب على المؤمَّن له تجاه غيره في حالة حدوث ضرر منه عليه؛ كالتأمين للمسؤولية عن حوادث السيارة، فإذا وقع ضررٌ على أحد التزم المؤمِّن بدفع ما يترتب على المؤمَّن له من تعويض للمضرور دون أن يتحمل هذا الأخير؛ أيَّ: تبعة مالية، وكالتأمين لمسؤولية صاحب المنزل، أو صاحب المدرسة، ومسؤولية أصحاب المصانع من التلوث والإصابات(٢).

ثالثاً ـ أقسام التأمين من حيث إنشائه

ينقسم التأمين من حيث إنشاؤه إلى قسمين:

١ ـ التأمين التجاري:

وهو التأمين الذي تنهض به منشأة، أو شركة تجارية، تهدف إلى تحقيق الربح، وذلك بالحصول على أقساط ثابتة من المستأمنين، تتوقع أن تغطي بها مصروفاتها وتعويضاتها، وأن يبقى لها جزء منها بمثابة

---

(١) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (٧/ ١١٥٧ ـ ١١٥٩)؛ ود. غريب الجمال، التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون ص:١١١ـ ١١٧؛ ود. عبد اللطيف آل محمود، المرجع السابق ص:٤٣؛ ود. عبد الهادي الحكيم، المرجع السابق ص:١٨٠.

(٢) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه (٧/ ١١٥٧ ـ ١١٥٩)؛ ود. غريب الجمال، المرجع نفسه ص:١١١ـ ١١٧؛ ود. عبد اللطيف آل محمود، المرجع نفسه ص:٤٣؛ ود. عبد الهادي الحكيم، المرجع نفسه ص:١٨٤.

ربح[1]. فإن لم يتعرض المؤمَّن له للضرر المحدد بعقد التأمين أصبح المبلغ المدفوع حقاً للمؤمِّن، ولا شيء للمؤمَّن له[2].

٢ ـ التأمين غير التجاري:

وهو التأمين الذي يقوم به الأفراد، أو الشركات، أو الجمعيات، أو الدولة لا بقصد تحقيق أرباح مالية وإنما لتحقيق مصلحة عامة للمجتمع، أو لمجموعة منهم، أو مراعاة لمصلحة خاصة[3]، وهو يتنوع إلى أنواع:

أ ـ التأمين الذاتي: وهو التأمين الذي يقوم به المستأمن بنفسه للتخلص من الشروط المجحفة، والأقساط المرتفعة التي تفرضها شركات التأمين التجاري هذا من ناحية، ولتعود الفائدة من الأقساط إليه من ناحية أخرى. وينجح هذا التأمين إذا كان للمستأمن وحدات كثيرة تحقق له ـ إلى حد ما ـ قانون الأعداد الكبيرة، كشركات النقل الكبيرة مثلاً، بحيث تكون منتشرة جغرافياً فلا تتعرض كلها للحوادث في وقت واحد، ويستطيع المستأمن تخصيص مبالغ مالية في حساب خاص يقوم بتنميتها واستثمارها، ومن خلالها يعوض الخسارة التي تقع عليه[4].

ب ـ التأمين التبادلي: وهو التأمين الذي يقوم فيه عدد من الأفراد بدور المستأمن والمؤمن في الوقت نفسه، بحيث يتفقون على تعويض

---

(١) د. رفيق يونس المصري، الخطر والتأمين (ط:١؛ دمشق: دار القلم، ١٤٢٢هـ ـ ٢٠٠١م) ص:٤٣؛ ود. عبد الهادي الحكيم، عقد التأمين ص:١٩٠.

(٢) سعدي أبو جيب، التأمين بين الحظر والإباحة (ط:١؛ دمشق: دار الفكر، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م ـ تصوير: ١٩٨٩م) ص:١٨.

(٣) د. عبد الهادي الحكيم، المرجع السابق ص:١٩٢.

(٤) د. عيسى عبده، التأمين بين الحل والتحريم ص:٤١ ـ ٤٢؛ د. عبد اللطيف آل محمود، التأمين الاجتماعي ص:٤٥ ـ ٤٦؛ ود. عبد الهادي الحكيم، المرجع نفسه ص:١٩٧.

الأضرار التي قد تصيب أحدهم إذا تحقق خطر معين والمسؤولية فيه غير محددة، **وهو على نوعين**[1]:

- الأول: التأمين التبادلي ذو الحصص البحتة، وفيه يدفع العضو اشتراك العضوية، ولا يدفع أي قسط أو مبلغ مالي آخر، إلا بعد حدوث الخطر لأحدهم وتوزيع التعويض عليهم، فيدفع كل منهم المبلغ الذي يخصه من الخسارة الواقعة.

- الثاني: التأمين التبادلي ذو الأقساط المقدَّمة، وفيه يقوم كل عضو بدفع مبلغ معين مسبق حتى يسهل سداد التعويضات بمجرد حدوث الخسارة، وفي نهاية السنة يتم رد الفائض إلى كل عضو من خلال ما تبقى له من قسطه المدفوع - إذا كان نصيبه في تحمل الخسارة أقل مما دفع - أو يطلب منه قسط إضافي إذا زاد نصيبه في تحمل الخسارة عما دفعه.

ج - التأمين التعاوني: وهو التأمين الذي يقصد به أصالة التعاون على تفتيت الأخطار، والاشتراك في تحمل المسؤولية عند نزول الكوارث، وذلك عن طريق إسهام عدد من الأشخاص بمبالغ نقدية تخصص لتعويض من يصيبه الضرر، فجماعة التأمين التعاوني لا يستهدفون تجارة ولا ربحاً من أموال غيرهم، وإنما يقصدون توزيع الأخطار بينهم، والتعاون على تحمل الضرر[2].

---

(١) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (٧/١٠٩٩ - ١١٠٠)؛ ومصطفى أحمد الزرقا، نظام التأمين ص:١٢٥؛ ود. عبد السميع المصري، التأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق (ط:٢؛ القاهرة: مكتبة وهبة، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م) ص:٤٩ - ٥٤؛ ود. عبد اللطيف آل محمود، المرجع السابق ص:٤٦؛ ود. رفيق يونس المصري، المرجع السابق ص:٤٢؛ ود. عبد الهادي الحكيم، المرجع السابق ص:١٩٩.

(٢) ينظر: تقرير اللجنة المكلفة بإعداد قرار مجلس المجمع الفقهي بمكة المكرمة حول التأمين عام ١٣٩٨هـ، قرارات المجمع الفقهي بمكة المكرمة، مرجع =

وللتأمين التعاوني صورتان:

- **الأولى**: وهي القديمة البسيطة بصورة جمعية تعاونية من مجموعة معينة من الأشخاص لتفادي الأضرار الناتجة عن خطر معين، ويمكن تعريف التأمين التعاوني في هذه الصورة بالقول: عقد تأمين جماعي يلتزم بموجبه كل مشترك بدفع مبلغ من المال على سبيل التبرع لتعويض الأضرار التي قد تصيب أيّاً منهم عند تحقق الخطر المؤمن منه(١).

- **الثانية**: وهي الصورة الحديثة المركبة حيث يكثر عدد المستأمنين ولا يعرفون بعضهم بعضاً، وتتعدد الأخطار المؤمَّن منها، فتتولى جهة أخرى إدارة عملية التأمين على أساس الوكالة بأجر. ومن ثم تُعرَّف هذه الصورة من التأمين التعاوني بالقول: عقد تأمين جماعي يلتزم بموجبه كل مشترك فيه بدفع مبلغ معين من المال على سبيل التبرع، لتعويض المتضررين منهم على أساس التكافل والتضامن، عند تحقق الخطر المؤمَّن منه، تُدار فيه العمليات التأمينية من قبل شركة متخصصة على أساس الوكالة بأجر معلوم(٢).

هذا، وإن التأمين التعاوني يشبه إلى حد كبير التأمين التبادلي إلا أنه يختلف عنه من عدة وجوه هي(٣):

= سابق، ص:٣٤؛ ود. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة ص:١٣١؛ ود. أحمد سالم ملحم، التأمين الإسلامي (ط:١؛ الأردن: دار الإعلام، ١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠٢م) ص:٥١؛ ود. عبد الهادي الحكيم، عقد التأمين ص:٢٠١.

(١) ينظر: عبد السميع المصري، المرجع السابق ص:١٥ ـ ١٦؛ ود. أحمد سالم ملحم، المرجع نفسه ص:٥١.

(٢) ينظر: مصطفى الزرقا، نظام التأمين ص:١٣٣؛ وسعدي أبو جيب، التأمين بين الحظر والإباحة ص:١٨؛ ود. أحمد ملحم، المرجع نفسه ص:٧٣.

(٣) د. عبد اللطيف آل محمود، التأمين الاجتماعي ص:٤٦.

أولاً: يكون للهيئات التعاونية رأس مال وليس للهيئات التبادلية رأس مال.

ثانياً: مسؤولية العضو في الهيئات التعاونية محدودة بقيمة القسط المدفوع وليست محدودة في الهيئات التبادلية.

ثالثاً: مسؤوليات الهيئات التعاونية؛ كمؤمن محدودة بقيمة رأس مالها ـ غير المحدود ـ ومسؤولية الهيئات التبادلية غير محدودة.

د ـ التأمين التبادلي التعاوني: وهو مشترك بين التأمين التبادلي والتعاوني، فيجمع بين ميزتهما، إذ يتفق الأعضاء على تعويض الأضرار التي قد تصيب أحدهم إذا تحقَّق خطر معين مع وضع حد أقصى ـ على ضوء الإحصاءات الخاصة بالخسائر ـ لما يطلب من العضو سداده، وهذا النوع هو الأكثر شهرة عند الكاتبين وربما عبَّروا عنه بأحد اللفظين(١).

هـ ـ التأمين الاجتماعي: وهو الذي تقوم به الدولة غالباً بقصد حماية الموظفين وأصحاب العمل بالأجرة وكذا توفير قدر من الحماية للأسرة عند عجز عائلها عن العمل، أو بلوغه سن التقاعد أو حدوث وفاته، أو وقوعه تحت طائلة البطالة القسرية، أو إصابته بمرض، أو حوادث ناتجة عن العمل أو غير ذلك من الأخطار(٢).

رابعاً ـ أقسام التأمين من حيث المنتفع به

وينقسم من حيث المنتفِعُ به إلى ثلاثة أقسام(٣):

---

(١) د. عبد اللطيف آل محمود، التأمين الاجتماعي ص:٤٧.

(٢) ينظر: سعدي أبو جيب، التأمين بين الحظر والإباحة ص:٢٠؛ ود. غريب الجمال، التأمين التجاري والبديل الإسلامي ص:١٨٤ ـ ١٨٦؛ ومحمد سعيد عبد اللطيف، نظم التأمين (ط:١؛ القاهرة: مكتبة دار التراث، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م) ص:٥٣؛ ود. عبد اللطيف آل محمود، المرجع نفسه ص:٤٧؛ ود. عبد الهادي الحكيم، عقد التأمين ص:٢٠٥.

(٣) د. عبد اللطيف آل محمود، المرجع نفسه ص:٤٧ ـ ٤٨.

١ ـ التأمين لمصلحة النفس:

وهو التأمين الذي يستفيد منه دافع القسط؛ كالتأمين للمرض والإصابات وللمسؤولية، والتأمين على الحياة للبقاء، والتأمين على الأشياء.

٢ ـ التأمين لمصلحة الغير:

وهو التأمين الذي يستفيد منه غير دافع القسط، كمن يؤمن على حياة ولده أو زوجه أو مَدِيْنِه.

وإذا نظرنا إلى التأمين على الحياة للوفاة رأيناه نوعاً من التأمين لمصلحة الغير، إذا ينتفع بمبلغ التأمين غير المستأمن من الورثة والأوصياء.

٣ ـ التأمين المشترك:

وهو التأمين الذي يجمع بين مزايا التأمين لمصلحة النفس، ولمصلحة الغير، فيعود النفع على المستأمن في حياته وعلى غيره بعد وفاته؛ كالتأمين المختلط من صور التأمين على الحياة، وكالتأمين للشيخوخة والعجز والوفاة، والتأمين لأضرار العمل من فروع التأمين الاجتماعي، إذ يعود نفعها على المستأمن إذا كان حياً وعلى غيره بعد موته[١].

المطلب الثاني

خصائص التأمين وبيان حكمه

وسوف نبين مضمون هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين:

* الفرع الأول: خصائص التأمين

إذا أطلقت كلمة التأمين فإنه يراد بها التأمين التجاري[٢]، وعلى هذا كان ذكر خصائص التأمين يتعلق بالتجاري دون غيره؛ لأنه الأكثر

---

(١) د. عبد اللطيف آل محمود، المرجع السابق ص: ٤٧ ـ ٤٨.

(٢) سعدي أبو جيب، التأمين بين الحظر والإباحة ص: ١٨.

انتشاراً، والذي تدخلت القوانين الوضعية في تنظيمه. وإن خصائص هذا النوع من التأمين ستمكننا من معرفة خصائص التأمين عموماً.

وخصائص التأمين التجاري تتمثل فيما يلي:

١ ـ التأمين عقد:

يعتبر التأمين التجاري عقداً من العقود القانونية؛ حيث يتوفر هذا العقد على كامل عناصره؛ العاقدين وهما المؤمِّن والمؤمَّن له، والمحلَّ وهو الخطر المؤمَّن ضده، والمبلغَ المدفوعَ الذي يلتزم به المؤمَّن له، والتزاماتِ المؤمِّن[١].

٢ ـ التأمين عقد رضائي:

والمقصود بالرضائية في العقد أنه يتم باتفاق المتعاقدين وهو لا يثبت إلا بالتوقيع عليه من الطرفين وكذا قد لا ينعقد إلا إذا دفع المستأمن القسط الأول من التزامه وذلك بالاتفاق، وكون عقد التأمين رضائياً لا يعني الفورية في التنفيذ، فقد يتفق الطرفان على تحديد موعد لبدء سريانه بعد وقت إبرامه[٢].

٣ ـ التأمين عقد ملزم للجانبين:

والمقصود بالإلزام للجانبين أن كل طرف في العقد ملزم نحو الآخر

---

(١) سعدي أبو جيب، المرجع السابق ص:١٥ـ ١٦؛ ود. عبد اللطيف آل محمود، التأمين الاجتماعي ص:٤٩؛ ومحمد سعيد عبد اللطيف، نظم التأمين ص:٢٤ ـ ٢٨.

(٢) ينظر: د. عبد اللطيف آل محمود، المرجع نفسه ص:٤٩ ـ ٥٠؛ ومحمد سعيد عبد اللطيف، المرجع نفسه ص:٢٩؛ د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة ص:١١١؛ ود. عبد الهادي الحكيم، عقد التأمين ص:٢٣٠ وما بعدها.

بأمر معين؛ فالمستأمن بأن يسدد الأقساط في مواعيدها، والمؤمن يلتزم بدفع مبلغ التأمين عند وقوع الخطر، وإن التزام المؤمَّن له محقق الوقوع بمجرد إبرام العقد، أما التزام المؤمِّن فهو احتمالي في أكثر أنواعه؛ كالتأمين للمرض أو الإصابة وللأولاد وللزواج، والتأمين على الأشياء، والتأمين للمسؤولية، والتأمين على الحياة وللبقاء وللوفاة، ومحقق في بعضها؛ كالتأمين المشترك على الحياة (للبقاء والوفاة)[1].

ويرى البعض[2] أن التزام المؤمِّن معلَّق على شرط وهو تحقق الخطر المؤمَّن منه، ولكن هذا الرأي منقوض بأن تحقق الخطر ركن قانونيّ في التزام ولا يمكن فصلهما، فهو ليس مجرد شرط عارض لأنه لا يمكن أن يتصور تحقق التزام المؤمِّن بدونه[3].

٤ ـ التأمين عقد معاوضة:

المقصود بالمعاوضة هنا أن كلّاً من الطرفين يدفع مقابلاً لما يدفعه الطرف الآخر، فالمستأمن يدفع الأقساط للمؤمِّن، وهذا الأخير يلتزم بدفع مبلغ التأمين للمستفيد عند تحقق الخطر المؤمن منه.

لكن السؤال الذي يُطرح في هذا المقام: ما هي المعاوضة التي تحصَّل عليها المستأمن نظير ما دفعه في حالة عدم دفع المؤمن مبلغ التأمين بسبب انتفاء تحقق الخطر؟

ذهب بعض علماء القانون إلى اعتبار المعاوضة غير مالية وإنما معنوية، تتمثل في تحمُّل المؤمِّن تبعة الخطر، وهذا الاستعداد ثابت في

---

(١) د. عبد اللطيف آل محمود، التأمين الاجتماعي ص:٥٠؛ ود. عبد الهادي الحكيم، عقد التأمين ص:٢٣٨ وما بعدها.

(٢) هو ما ذهب إليه بيكار وبيسون، كما أشار إليه د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (٧/ ١١٣٩).

(٣) د. السنهوري، المرجع نفسه (٧/ ١١٣٩).

حالتي تحقق الخطر وعدمه، أو أن المعاوضة يدفعها المؤمِّن لمن وقع عليه الخطر من مجموع المستأمنين، وهي ـ أيضاً ـ متحققة بالنسبة للمجموع، وإن كانت غير متحققة لكل فرد على حده[1].

وإذا كان عقد المعاوضة في القانون هو «العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلاً لما أعطاه»[2]، وأن المعاوضة في التأمين قد تتحقق وقد لا تتحقق، وإذا لم تتحقق لم توجد، فإن هذا غرر في عقد التأمين، إذ اعتماد تحمل المؤمن تبعة الخطر ـ وهو أمر معنوي لا مادي ـ هو المقابل للقسط غير مقبول؛ لأن المستأمن إنما دفع القسط على احتمال أن يحصل على مبلغ التأمين عند وقوع الخطر، فالمعاوضة المرادة له معاوضة مادية وليست معنوية. أمَّا القول بجعل المعاوضة متحققة بالنسبة للمجموع لا بالنسبة لكل فرد، فإنه لا يستقيم ـ أيضاً ـ لأن كل مستأمن يعقد عقداً منفرداً مع المؤمن، وتأمينه يختلف عن الآخرين، في محل التأمين وقسطه وشروطه ومبلغه ومدته والمستفيد منه، وهذا مدلول الاختيارية حتى في الأنواع الإجبارية من التأمين التجاري[3].

٥ ـ التأمين عقد من العقود الاحتمالية:

يقصد بالعقد الاحتمالي في القانون «العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدِّد وقت تمام العقد القدر الذي أُعطي، ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير محقق الحصول، أو غير معروف وقت حصوله»، ويقابله العقد المحدد وهو: «العقد الذي يستطيع

---

(١) د. السنهوري، المرجع السابق (٧/ ١١٣٩).

(٢) د. السنهوري، المرجع نفسه (١/ ١٦٢).

(٣) محمد سعيد عبد اللطيف، نظم التأمين ص:٢٩ ـ ٣٠؛ ود. عبد اللطيف آل محمود، التأمين الاجتماعي ص: ٥٠ ـ ٥١؛ ود. عبد الهادي الحكيم، عقد التأمين ص: ٢٤٦ وما بعدها.

فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ، والقدر الذي أعطى، حتى ولو كان القدران غير متعادلين»[(١)]، فالاحتمال في العقود يتعلق بالقدر الذي يدفعه كل طرف من المتعاقدين للطرف الآخر، وسبب ذلك أن تنفيذ العقد ينتهي عند حصول أمر مستقبل محتمل الوقوع، أو متأكده لكن لا يعرف زمن وقوعه[(٢)].

٦ ـ التأمين من العقود الزمنية (المستمرة):

والمقصود بالعقد الزمنيِّ «العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه بحيث يكون هو المقياس الذي يقدَّر به محل العقد»، ويقابله العقد الفوري وهو «العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه فيكون تنفيذه فورياً، ولو تراخى التنفيذ إلى أجل، أو آجال متتابعة»[(٣)].

والتأمين بأنواعه المختلفة من العقود الزمنية، بحيث تتحدد مدته بالزمن مقدماً، أو إلى أمد يمكن معرفته فيما بعد؛ كأن يؤمِّن شخص على بضاعةٍ مستوردةٍ أو مصدَّرةٍ، فزمن التأمين هنا محدَّدٌ من موعد الشروع في شحنها إلى غاية استلامها من قبل المرسل إليه أو إلى وصولها إلى الميناء[(٤)].

٧ ـ التأمين من عقود الإذعان:

عقود الإذعان، أو الموافقة، هي التي يعدُّ شروطَها أحدُ الطرفين

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (١/ ١٦٣ ـ ١٦٤).

(٢) د. عبد اللطيف آل محمود، المرجع السابق ص: ٥١؛ ود. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة ص: ١١١.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق (١/ ١٦٥ ـ ١٦٦).

(٤) ينظر: محمد سعيد عبد اللطيف، المرجع السابق ص: ٣٠؛ ود. عبد اللطيف آل محمود، المرجع السابق ص: ٥٢؛ ود. محمد عثمان شبير، المرجع السابق ص: ١١٢؛ ود. عبد الهادي الحكيم، المرجع السابق ص: ٢٥٥ وما بعدها.

ولا يملك الطرف الآخر إلا القبول بها إن أراد إتمام العقد، وإن أكثر شروط التأمين مطبوعة ومعروضة على الناس كافة في وثيقة العقد وفي المطبوعات الإعلامية الخاصة بالتأمين، ومن ثم ليس أمام المستأمن إلا القبول بها إن أراد إتمام العقد. وعليه يوصف العقد بأنه عقد الإذعان، وشركات التأمين تفرض شروطها على المستأمن ولا تفاوض عليها، ولذلك تتدخَّل الدولة ببعض القوانين لحماية مصالح المؤمَّن لهم، وللحد من تعسف شركات التأمين(١).

٨ ـ التأمين من عقود حسن النية:

والمقصود بحسن النية هنا أن المستأمن يتصور فيه التزام الصدق وعدم الخداع أو الغش في تقديم البيانات للمؤمِّن بخصوص الخطر المؤمن منه، إذ على أساس تلك البيانات يتم التقييم ومن ثم تقرير جسامة الخطر والأقساط المدفوعة، والمؤمِّن بهذا يعتمد بشكل كبير على ما يُصرِّح به المستأمن، ولذلك اعتُبر من عقود حسن النية، ويتبع هذا الاعتبار أن على المستأمن أن يجتهد في توقي وقوع الخطر، أو يحرص على الحدِّ من آثاره إذا وقع، ويعتبر الإخلال بهذه الخاصية خطيراً، فقد يؤدي إلى سقوط حق المستأمن في مبلغ التأمين(٢).

٩ ـ التأمين وسيلة من وسائل التعاون:

إن الفكرة التعاونية في عقد التأمين يتوصل إليها عن طريق تجزئة المصائب وتوزيع نتائجها على أكبر عدد ممكن من المستأمنين، فبقدر

(١) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (٧/ ١١٤١ ـ ١١٤٣)؛ ومحمد سعيد عبد اللطيف، المرجع السابق ص:٣٠؛ ود. محمد عثمان شبير، المرجع السابق ص:١١١؛ ود. عبد الهادي الحكيم، المرجع السابق ص:٢٦٣ وما بعدها.
(٢) د. عبد اللطيف آل محمود، التأمين الاجتماعي ص:٥٣.

ازدياد عددهم تزداد تجزئة الأضرار وتوزيعها، فهي عملية تفتيت وتشتيت للأضرار المؤمَّن منها، حتى إن هذا التشتيت قد ابتكرت له وسائل تكاد تصل به إلى درجة التلاشي عن طريق ما يسمى بإعادة التأمين؛ حيث تلجأ شركة التأمين نفسها إلى التأمين مما يلحقها من تعويضات لدى شركات تأمين عالمية كبرى(١).

ويبدو أن التأمين التجاري لا يظهر فيه وجه التعاون؛ ذلك أنَّ التعاون المدَّعى يحتاج إلى وجود نية مشتركة لدى المستأمنين، والملاحظ أن الناس يقدمون على التأمين بدافع تحقيق المصلحة الخاصة، أو دفع الأضرار الذاتية عن المستأمن، وغالباً ما تلجئهم القوانين إلى ضرورة التأمين، فيقبلون عليه وهم كارهون، ومع هذا فأي محل للتعاون؟

ثم إذا أمَّن شخصٌ على حياته بمبلغ مليون دينار لمدة عشر سنوات يدفع أقساطها، فإن توفي قبل ذلك استحقها، وإن أتم المدة استرجعها ومعها فوائدها، كما لو كانت موضوعة في حساب استثماري في أحد المصارف، فما وجه التعاون في هذا؟. وأين التعاون بالنسبة للمؤمِّن الذي أسس شركته لتحقيق الربح، فهو مقصوده الأول والأخير، ويتَّبع في سبيل ذلك كل الوسائل الممكنة لكي يتهرب من الدفع؟(٢).

---

(١) ينظر: مصطفى أحمد الزرقا، نظام التأمين ص:٤٥؛ ود. محمد البهي، نظام التأمين (لا.ط: الجزائر: مكتبة الشركة الجزائرية، د.ت) ص:٢٩ ـ ٣٠؛ ود. عبد اللطيف آل محمود، المرجع السابق ص:٥٣.

(٢) ينظر في مناقشة هذه المسألة: د. حسين حامد حسان، حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين ص:٩٩ ـ ١٠٠؛ ود. غريب الجمال، التأمين التجاري والبديل الإسلامي ص:١٣٠ ـ ١٣٦؛ ود. عبد الناصر توفيق العطار، حكم التأمين في الشريعة الإسلامية (لا.ط؛ القاهرة: مكتبة النهضة المصرية،١٩٨٣م) ص: ٣٠ ـ ٣٣.

خصائص التأمين عموماً:

من النظر إلى خصائص التأمين التجاري يمكن أن نحدد خصائص جامعة لعقد التأمين عموماً تنطبق على التجاري والتبادلي والتعاوني والاجتماعي، فهو: عَقدٌ ماليٌّ مُلزم لأطرافه بالدخول فيه، إذ يلتزم كلٌّ طرفٍ بأمرٍ ما تجاه الآخر سواء كان مالياً أو يقدر بمال، ومن العقود الاحتمالية التي لا يستطيع كل طرف من أطرافه أو بعضهم تحديد ما يدفعه للآخر، ومن العقود الزمنية؛ أي: المستمرة[1].

* الفرع الثاني: حكم التأمين.

من المعروف أن عقود التأمين لم تكن معهودة في عصر النبي ﷺ، ولا في عصر الخلفاء الراشدين ﭬ، ولا في عصور المذاهب الفقهية، ولعل سبب ذلك يعود إلى أن الإسلام يتضمن بمنظومة أحكامه كل ما يحقق التكافل الاجتماعي من خلال نظام الزكاة، ونظام النفقات، وبيت المال، إضافة إلى رعاية حقوق الأخوة الإسلامية، ومن هنا لم يجد الفرد المسلم نفسه في حاجة إلى إحداث نظام يختص بالتأمين[2]، كما أن الرسول ﷺ كفى المسلمين مؤونة تحمل أعباء كثيرة تقع على عاتق المسلم ولم يكن له الاستعداد الكامل للقيام بما تتطلبه فيقول النبي ﷺ فيما يرويه أبو هريرة ﭬ: «... **وَمَنْ تَرَكَ دَيْناً أَوْ ضِيَاعاً فَلْيَأْتِنِي فَأَنَا مَوْلَاهُ**»[3].

وعلى هذا لم يعهد السلف هذا النوع من العقود، ولم يعثر بشأنه

---

(١) د. عبد اللطيف آل محمود، التأمين الاجتماعي ص: ٥٤.

(٢) د. علي محي الدين القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة (ط:١؛ بيروت: دار البشائر الإسلامية، ١٤٢٢هـ ـ ٢٠٠١م) ص: ٢٧٦.

(٣) أخرجه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، .باب الصلاة على من ترك ديناً (٢/ ٨٤٥).

على نصٍّ شرعيٍّ، ولم يوجد من الصحابة والأئمة المجتهدين من روي عنه تعرضه لحكم التأمين.

ولمَّا انتشر هذا العقد في العصر الحديث من خلال ما أفرزته المدنية الغربية، وشاع استخدامه بين الناس، وأدرجته القوانين العربية في منظوماتها التشريعية؛ قام كثير من العلماء والباحثين بدراسته فرادى وجماعات، **واختلفوا في حكمه على ثلاثة أقوال:**

القول الأول: إن التأمين التجاري عقد غير جائز.

وذهب إلى هذا القول في نطاق الاجتهاد الفردي عدد كبير من العلماء، منهم: ابن عابدين (ت١٢٥٢هـ)[١]، ومحمد بخيت المطيعي[٢] (ت١٣٥٤هـ)[٣]، وأحمد إبراهيم[٤] (ت١٣٦٤هـ)[٥]، وعبد الرحمٰن

---

(١) ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين (٢/ ١٧٧ ـ ١٧٨).

(٢) هو محمد بخيت بن حسين المطيعي الحنفي، ولد عام ١٢٧١هـ، التحق بالأزهر ونال شهادة العالمية عام ١٢٩٢هـ، وعين عام ١٣٣٣هـ مفتياً للديار المصرية. من آثاره: إرشاد الأمة إلى أحكام أهل الذمة، حقيقة الإسلام وأصول الحكم، (ينظر: د. محمود حمدي زقزوق «إشراف وتقديم»، موسوعة أعلام الفكر الإسلامي ص:٩١٧ ـ ٩١٨).

(٣) له في ذلك رسالة مستقلة باسم أحكام السوكرتاه طبعت في مصر عام ١٩٣٢م - بواسطة: مصطفى أحمد الزرقا، نظام التأمين ص:٢٧؛ ود. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة ص:١١٦؛ ود. علي أحمد السالوس، الاقتصاد الإسلامي (١/ ٤٨٦).

(٤) هو أحمد بن إبراهيم من علماء الشريعة الإسلامية. ولد بمصر عام ١٢٩١هـ. تخرج بدار العلوم واشتغل بتدريس الشريعة في مدرسة القضاء الشرعي، ثم في كلية الحقوق. من آثاره: القضاء في الإسلام، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، أحكام الوقف والمواريث، طرق الإثبات الشرعية في الفقه المقارن. (ينظر: عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين ١/ ٨٦).

(٥) نشر مقالاً في حكم التأمين على الحياة وحرمه في مجلة الشبان المسلمين السنة (١٣) العدد (٣) عام ١٩٤١م ـ بواسطة: د. محمد شبير، المرجع السابق =

قراءة[1]، ومحمد أبو زهرة[2] (ت١٣٩٤هـ)[3]، وعيسوي أحمد عيسوي[4]، ومحمد علي السايس[5]، وطه الديناري[6]، وعبد اللطيف السبكي[7]، وعبد الله القلقيلي[8]، ومحمد أبو اليسر عابدين[9] (ت١٤٠١هـ)[10]، ود. الصديق محمد الأمين الضرير[11]، وجاد الحق

= ص:١١٦؛ ود. علي السالوس، المرجع السابق (١/ ٤٨٦)؛ وعبد السميع المصري، التأمين الإسلامي ص:٢٠.

(١) بواسطة: د. عبد اللطيف آل محمود، التأمين الاجتماعي ص:٣٠٥؛ ود. محمد شبير، المرجع السابق ص:١١٦.

(٢) هو محمد أحمد أبو زهرة، ولد عام ١٣١٦هـ بالمحلة الكبرى بمحافظة الغربية بمصر، تخرج بمدرسة القضاء الشرعي وعمل بالمحاماة وبالتدريس وارتقى إلى أن أصبح أستاذاً ثم رئيساً لقسم الشريعة بكلية الحقوق، عين عضواً في مجمع البحوث الإسلامية، اشتهر بعزة النفس وسعة العلم والجهر بالحق. من آثاره: أصول الفقه، تاريخ المذاهب الإسلامية، الأحوال الشخصية. (ينظر: د. محمود حمدي زقزوق «إشراف وتقديم»، موسوعة أعلام الفكر الإسلامي ص:٩٠١ ـ ٩٠٤).

(٣) محمد أبو زهرة، «تعليق على موضوع عقد التأمين»، أعمال أسبوع الفقه الإسلامي ص:٥٢٦ ـ ٥٢٧.

(٤) بواسطة: د. عبد اللطيف آل محمود، المرجع السابق ص:٣٠٥.

(٥) بواسطة: المرجع نفسه؛ ود. علي السالوس، المرجع السابق (١/ ٤٨٧).

(٦) بواسطة المرجعين نفسيهما.

(٧) بواسطة المرجعين نفسيهما.

(٨) عبد الله القلقيلي، «عقد التأمين»، أعمال أسبوع الفقه الإسلامي ص:٤٢٠.

(٩) هو محمد أبو اليسر بن محمد أبي الخير عابدين: العلامة الأديب مفتي سورية، ولد بدمشق عام ١٣٠٧هـ وأخذ عن والده مفتي الشام وغيره، ودرس الطب، ودرَّس في كلية الحقوق وكلية الشريعة، عمل إماماً وخطيباً في جامع الورد. (محمد خير رمضان يوسف، تكملة معجم المؤلفين ص:٥٦٧).

(١٠) أعمال المؤتمر العالمي للاقتصاد الإسلامي ص:٥٥٣ ـ بواسطة: د. عبد اللطيف آل محمود، المرجع السابق ص:٣١٤.

(١١) الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي =

علي جاد الحق[1] (ت١٤١٦هـ)[2]، ومحمد بن إبراهيم آل الشيخ (ت١٣٨٩هـ)[3]، ود. أحمد الحجي الكردي[4]، ود. وهبة الزحيلي الذي قال: بأن هذا القول رأي أكثر فقهاء العصر[5].

أما في نطاق الاجتهاد الجماعي، فقد ذهبت عدة هيئات علمية إلى تبني هذا القول، حيث أفتت به هيئة كبار العلماء في المملكة العربيَّة السعودية[6]، والمجمع الفقهي الإسلامي[7] التابع لرابطة العالم الإسلامي

= ـ مرجع سابق ـ ص:٦٥٨.

(١) هو جاد الحق علي جاد الحق، شيخ الأزهر سابقاً، من مواليد عام ١٣٣٥هـ، تحصل على الشهادة العالية من كلية الشريعة بالأزهر، ثم الإجازة في القضاء الشرعي، عمل لسنوات في سلك القضاء بالمحاكم الشرعية ثم المدنية ثم مستشاراً إلى أن اختير مفتياً للجمهورية، ثم وزيراً للأوقاف، ثم تولى مشيخة الأزهر إلى أن توفي. من آثاره: مع القرآن، الفقه الإسلامي مرونته وتطوره، بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة. (ينظر: د. محمود حمدي زقزوق «إشراف وتقديم»، موسوعة أعلام الفكر الإسلامي ص:١٩٥ ـ ١٩٦).

(٢) جاد الحق علي جاد الحق، بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة (لا.ط؛ القاهرة: دار الحديث، ١٤٢٥هـ ـ ٢٠٠٤م) ٣/ ١١٣.

(٣) هو محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف، من آل الشيخ محمد بن عبد الوهاب، فقيه حنبلي، كان المفتي الأول للملكة العربية السعودية، ولد بالرياض عام ١٣١١هـ، اشتغل بالتدريس والقضاء، كما تولى رئاسة الجامعة الإسلامية في المدينة المنورة، توفي بالرياض. له عدة مصنفات منها: الجواب المستقيم، تحكيم القوانين، الفتاوى (ينظر: كحالة، معجم المؤلفين ٣/ ٣٢).

(٤) د. أحمد الحجي الكردي، بحوث وفتاوى فقهية معاصرة (ط:١؛ بيروت: دار البشائر الإسلامية، ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م) ص:٢٦٠.

(٥) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (٥/ ٣٤٢٣).

(٦) الدورة العاشرة، القرار رقم (٥/ ١٠) في ٤/ ٤/ ١٣٩٧هـ.

(٧) قرارات الدورة الأولى، القرار الخامس، المؤرخ في١٧ شعبان ١٣٩٨هـ (ينظر: رابطة العالم الإسلامي، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات: من الأولى إلى السابعة عشرة، القرارات من الأول إلى الثاني بعد =

بمكة المكرمة، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة[1] التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والمؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي بمكة المكرمة[2]، وهيئة رقابة بنك فيصل الإسلامي السوداني[3] إلى غيرها من الهيئات العلميَّة.

ـ القول الثاني: أن التأمين التجاري عقد جائز.

وقال به عدد من العلماء منهم: مصطفى الزرقا[4] (ت١٤٢٠هـ)، وعلي الخفيف[5] (ت١٣٩٨هـ)[6]، ود. محمد يوسف موسى[7]

= المائة، ١٣٩٨ ـ ١٤٢٤هـ/ ١٩٧٧ ـ ٢٠٠٤م، ط:٢، ص:٣٣).

(١) القرار رقم: ٩ (٩/ ٢) المؤرخ في ١٦ ربيع الآخر ١٤٠٦هـ الموافق لـ ٢٨ ديسمبر ١٩٨٥م (ينظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي للدورات ١ ـ ١٠، مرجع سابق ص:٢٠).

(٢) في عام ١٣٩٦هـ ـ ١٩٧٦م بواسطة: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (٥/ ٣٤٢٣)؛ ود. علي محي الدين القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة ص:٢٨٠.

(٣) ينظر: د. أحمد سالم ملحم، التأمين الإسلامي ص:١٣٦.

(٤) مصطفى أحمد الزرقا، نظام التأمين ص:٥٧.

(٥) هو علي محمد الخفيف، من أعلام الفقه والقضاء بمصر، ولد عام ١٣٠٩هـ، التحق بالأزهر ثم بمدرسة القضاء الشرعي، وعمل أستاذاً بمعهد الدراسات العربية العالمية، وكان عضواً بمجمع البحوث الإسلامية منذ إنشائه، وعضواً بالمجلس الأعلى للأزهر، وفي مجمع اللغة العربية. من آثاره: الملكية في الشريعة الإسلامية، الضمان في الفقه الإسلامي. (محمد خير رمضان، تكملة معجم المؤلفين ص:٣٩٠).

(٦) بواسطة: د. الصديق الضرير، الغرر وأثره في العقود ص:٦٥٢؛ وعبد السميع المصري، التأمين الإسلامي ص:١٩.

(٧) محمد يوسف موسى: من أعلام الفقه والفكر الإسلامي المعاصر، ولد عام ١٨٩٩م في ريف مصر، حفظ القرآن الكريم في صغره وقد نشأ يتيماً، التحق بالأزهر ونال شهادة العالمية، اشتغل بالتدريس بالأزهر وعمل بالمحاماة =

(ت١٣٨٣هـ)[١]، وعبد الوهاب خلاف[٢] (ت١٣٧٥هـ)[٣]، وعبد الرحمٰن عيسى[٤]، والطيب النجار[٥]، ود. محمد البهي[٦] (ت١٤٠٣هـ).

= الشرعية، سافر إلى فرنسا حيث نال درجة الدكتوراه في الفلسفة من السربون عام ١٩٤٨م، عمل أستاذاً للشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة فؤاد، ثم رئيساً لقسم الشريعة بجامعة عين شمس، ثم عمل مستشاراً بوزارة الأوقاف. من آثاره في الشريعة: الفقه الإسلامي مدخل لدراسته ونظام المعاملات فيه، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي (د. محمود حمدي زقزوق «إشراف وتقديم»، موسوعة أعلام الفكر الإسلامي ص:١٠٢٠ ـ ١٠٢٣).

(١) بواسطة: مصطفى أحمد الزرقا، نظام التأمين ص:٢٩؛ ود. علي السالوس، الاقتصاد الإسلامي (١/ ٤٨٧).

(٢) عبد الوهاب خلاف، فقيه أصولي من أهل مصر، ولد عام ١٨٨٨م بكفر الزيات، التحق بالأزهر عام ثم بمدرسة القضاء الشرعي ونال منها العالمية عام ١٩١٥م وعُين مدرِّساً بها. وفي عام ١٩٢٣م عين قاضياً بالمحاكم الشرعية، ثم اختير أستاذاً للشريعة الإسلامية بكلية الحقوق بجامعة القاهرة، وكان عضواً بمجمع اللغة العربية. من آثاره: مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، علم أصول الفقه، تاريخ التشريع الإسلامي. (ينظر: المراغي، الفتح المبين ٣/ ٢٠٦ ـ ٢٠٨، وكحالة، معجم المؤلفين ٢/ ٣٤١).

(٣) نشر رأيه في صحيفة لواء الإسلام، عدد رجب ١٣٧٤هـ فبراير ١٩٥٤م (ينظر: د. عيسى عبده، التأمين بين الحل والتحريم ص:١٥٤؛ ود. غريب الجمال، التأمين ص:٢٠٢؛ ود. علي السالوس، الاقتصاد الإسلامي (١/ ٤٨٧).

(٤) عبد الرحمٰن عيسى، «عقد التأمين»، أعمال أسبوع الفقه الإسلامي، مرجع سابق ص:٤٧٤ ـ ٤٧٥.

(٥) الطيب حسن النجار، ود. محمد صادق فهمي، «رأي مقدم إلى السيد المستشار بهجت أحمد حلمي المستشار بمحكمة الاستئناف عن: عقد التأمين في الشريعة الإسلامية»، أعمال أسبوع الفقه الإسلامي ص:٥٠٠ ـ ٥٠١.

(٦) ولد د. محمد البهي عام ١٣٢٣هـ بمحافظة البحيرة بمصر، انضم إلى بعثة الإمام محمد عبده في جامعة هامبورج بألمانيا حيث نال الدكتوراه في الفلسفة وعلمي النفس والاجتماع، عمل مدرساً فرئيساً لقسم الفلسفة بكلية اللغة العربية بجامعة الأزهر، كما تولى إدارة جامعة الأزهر، ومن بعدها وزارة الأوقاف =

القول الثالث: وهو التفصيل بجواز أنواع من التأمين وتحريم أنواع؛ فمنهم من أجاز التأمين على الأموال دون التأمين على الحياة. وممن قال به محمد بن الحسن الحجوى[1] (ت١٣٧٦هـ)[2].

ومنهم من أجاز التأمين من الخطر الذي من أفعال العباد؛ كالسَّرقة، وحرَّم التأمين من الخطر الذي سببه آفة سماوية. وممن قال به نجم الدين الواعظ مفتي العراق[3].

ومنهم من أباح التأمين على حوادث السيارات والطائرات والسفن والمصانع، وحرّم ما عداه. وممن قال به عبد الله بن زيد آل محمود[4].



أ ـ أدلّة أصحاب القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بجملة أدلّة من الكتاب والسُّنَّة والمعقول:

= وشؤون الأزهر. من آثاره: القرآن في مواجهة المادية، تهافت الفكر المادي والتاريخي، الإسلام والاقتصاد. ورأيه مثبت في كتابه: نظام التأمين ـ مرجع سابق ـ (ينظر: محمد خير رمضان، تكملة معجم المؤلفين ص:٤٥٦).

(١) هو محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي، فقيه مالكي، ولد بفاس عام ١٢٩١هـ، تولى عدة وظائف بالمغرب الأقصى منها: رئاسة المجلس العلمي، ووزارة المعارف، ووزارة العدل، توفي بالرباط. من آثاره: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، والعروة الوثقى (ينظر: عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين: ٣/٢١٦).

(٢) محمد بن الحسن الحجوي ت١٣٧٦هـ، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ج٢ (ط:١؛ بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٥م) ص:٥٦٨.

(٣) أبدى رأيه لمجمع البحوث الإسلامية، محمد أحمد فرج السنهوري، التأمينات ص:١٨٥ ـ بواسطة: د. عبد اللطيف آل محمود، التأمين الاجتماعي ص:٣٠٧.

(٤) عبد الله بن زيد آل محمود، أحكام عقود التأمين (ط:٣؛ بيروت: دار الشروق، ١٩٨٢م) ص:٦٣.

١ ـ من الكتاب:

اعتمد القائلون بحرمة التأمين التجاري على عدد من النصوص القرآنية، منها:

○ ـ قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿٩٠﴾ إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ فِى ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ وَعَنِ ٱلصَّلَوٰةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ ﴿٩١﴾﴾ [المائدة: ٩٠، ٩١].

ووجه الدلالة من هذا النص القرآني أنه حرَّم الميسر، وهو أخذُ مال الإنسان على وجه المخاطرة فقد يحصل له عوض وقد لا يحصل[١]. وإن المؤمِّن لا يعرف عدد الأقساط التي يقبضها من المستأمن في التأمين ذي الأقساط، وإن عرفها وقبضها في التأمين ذي القسط الواحد المعجل، فالمستأمن قد يحصل على مبلغ التأمين إذا تحقق الخطر المؤمن منه، وقد لا يحصل عليه إذا لم يتحقق، والمستفيد قد يحصل على مبلغ التأمين وقد لا يحصل عليه نظير ما دفع من قسط أو أقساط، وذلك هو القمار بعينه، أو ما يشبهه، على أقل تقدير، والقمار حرام شرعاً[٢].

---

(١) ينظر: الرازي، التفسير الكبير (٦/ ٤٦)؛ والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٥٢)؛ وابن تيمية، مجموع الفتاوى (٢٨/ ٧٦)؛ ود. رفيق يونس المصري، الميسر والقمار (ط:١؛ دمشق: دار القلم، وبيروت: الدار الشامية، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٣م) ص:٢٧ وما بعدها.

(٢) ينظر: تقرير اللجنة المكلفة بإعداد قرار مجلس المجمع حول التأمين، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة ص:٣٥؛ ود. حسين حامد حسان، حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين ص:٨٢ ـ ٨٨؛ ود. غريب الجمال، التأمين التجاري والبديل الإسلامي ص:١٢٦ ـ ١٢٩؛ ود. محمد بلتاجي، عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي (لا.ط؛ الكويت: دار العروبة، ١٤٠٢هـ ـ ١٩٨٢م) ص:٩٤ ـ ٩٢؛ ود. عبد الناصر توفيق العطار، حكم التأمين في الشريعة الإسلامية ص:٣٣ ـ ٣٨؛ ود. أحمد سالم ملحم، التأمين =

ودليل تحريم القمار ينطبق على التأمين على الأشخاص بجميع أقسامه وأحواله وصوره، وعلى التأمين للمسؤولية والأموال، إمّا لأن أقساط التأمين لا تدفع مرة واحدة بل على دفعات، أو لأن الخطر قد لا يقع فيخسر المستأمن ما دفعه، أو لأن المستأمن يدفع مالاً يسيراً ويأخذ مالاً كثيراً ارتباطاً بالحظ، فهو لا يدري هل سيقع الخطر أم لا فهو أقرب إلى القمار منه إلى المعاوضة.

هذا، وإن وصف القمار متحقق في عقد التأمين باعتراف رجال القانون؛ وذلك لأن الشخص الذي يأخذ على عاتقه ضمان الخطر يراهن على تحقق الخطر فإذا لم يتحقق كسب المبلغ الذي دُفع له، وإذا تحقق دَفع مبلغاً يزيد كثيراً عما قبضه وهذا هو الرهان[1].

○ ـ قال الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ۖ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٢٧٩﴾﴾ [البقرة: ٢٧٩]. .

ووجه الدلالة من الآية أنها تضمنت تحريم الربا بنوعيه ـ ربا الفضل وربا النسيئة ـ وكل ما كان كذلك فهو محرَّم شرعاً، وإن عقد التأمين مبادلة مال بمال؛ إذ يدفع المستأمن قسط التأمين مالاً دفعة واحدة، أو على أقساط دورية، وشركة التأمين ترد عليه ـ إذا وقع الخطر ـ مبلغ التأمين مالاً دفعة واحدة، أو على أقساط دورية، معلومة أو مجهولة، وهذا يقتضي تحقق ربا النسيئة إذا كان قسط التأمين ومبلغه متماثلين، كما يتحقق فيه ـ مع ذلك ـ ربا الفضل إذا كان مبلغ التأمين أكبر من القسط أو العكس، وهذا ينطبق على التأمين على الأشخاص

= الإسلامي ص:٤٦ ـ ٤٧؛ ود. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة ص: ١٢٠.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (٧/ ١٠٨٦).

والتأمين للأضرار إذا تحقق الخطر[1].

وبعض عقود التأمين على الأشخاص ـ كالتأمين على الحياة للبقاء ـ يتضمن نصاً صريحاً بدفع الشركة الأقساط مضافاً إليها فائدة ربوية، وهذا صريح الربا.

وعلى هذا فعقد التأمين يتضمن الربا المنهي؛ فهو عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له مبلغاً من المال في نظير مقابل نقدي؛ فهو معاوضة مال بمال دون تقابض ولا تماثل وهذا هو الربا.

○ ـ قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٢٩﴾﴾ [النساء: ٢٩].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أنها نهت عن أكل أموال الناس بالباطل، وإن عقود التأمين فيها أكل لأموال الناس بالباطل المنهي عنه شرعاً؛ ذلك أن عقد التأمين التجاري عقد معاوضة لا تبرع فيه، وقد تضيع مُعظم الأقساط على المؤمِّن إذا وقع الخطر بعد فترة قصيرة من العقد وكان القسط على دفعات. وقد يضيع مبلغ التأمين على المستأمن، وقد دفع القسط جميعه، إذا لم يتحقق الخطر[2].

---

(١) ينظر: تقرير اللجنة المكلفة بإعداد قرار مجلس المجمع حول التأمين، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة ص:٣٥؛ د. حسين حامد حسان، حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين ص:٧٩ـ ٩٠؛ ود. غريب الجمال، التأمين التجاري والبديل الإسلامي ص:١٦٧ ـ ١٧٨؛ ود. محمد بلتاجي، عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي ص:١٠٥ ـ ١١٦؛ ود. عبد الناصر توفيق العطار، حكم التأمين في الشريعة الإسلامية ص:٤٨ ـ ٥١؛ ود. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة ص:١١٨.

(٢) ينظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة ص:٣٥؛ ود. أحمد سالم ملحم، التأمين الإسلامي ص:٤٧.

وعلى هذا فالنهي الوارد في الآية ينطبق على معظم صور التأمين على الأشخاص، والتأمين على الأموال والتأمين للمسؤولية.

٢ ـ من السُّنَّة:

استند القائلون بحرمة التأمين التجاري إلى حديثين شريفين هما:

○ ـ حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: «**نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الحَصَاةِ وَعَنْ بَيْعِ الغَرَرِ**»[١].

ووجه الدلالة من الحديث أنه نهى عن الغرر، وهو تعريض المرء نفسه أو ماله للهلاك من غير أن يعرف، والغرر عند الفقهاء ما كان مستور العاقبة أو متردداً بين الحصول والفوات[٢].

وعلى هذا فكلُّ عقدٍ بُنيَ على أمرٍ محتمل مشكوك فيه فهو غَرَرٌ، وقد قاس الفقهاء عقود المعاوضات المالية على البيع، وعقد التأمين من عقود المعاوضات المالية فيؤثر فيه الغرر كما يؤثر في سائر عقود المعاوضات[٣].

وقد قسم الفقهاء الغرر بالنسبة لتأثيره في عقود المعاوضات المالية إلى ثلاثة أقسام[٤]:

١ ـ غرر كثير: وهذا يؤثر في عقود المعاوضات فيفسدها إجماعاً؛ كبيع الطير في الهواء، إلَّا ما دعت إليه الضرورة عادة.

---

(١) أخرجه: الإمام مسلم، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر (٣/ ١١٥٣).

(٢) ينظر: د. الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود ـ مرجع سابق ـ ص: ٤٧ ـ ٥٤.

(٣) ينظر: د. الصديق محمد الأمين الضرير، «حكم عقد التأمين في الشريعة الإسلامية»، أسبوع الفقه الإسلامي ص: ٤٦٢، والغرر وأثره في العقود ص: ٦٣٨ وما بعدها.

(٤) القرافي، الفروق (١/ ١٥١) و(٣/ ٢٦٥).

٢ ـ غرر يسير: وهذا لا تأثير له إجماعاً؛ كقطن الجبة وأساس الدار.

٣ ـ غرر متوسط: وهذا مختلف فيه، فبعض الفقهاء يلحقه باليسير، وبعضهم يلحقه بالكثير.

والغرر في التأمين ليس يسيراً، فهو إما من الغرر الكثير أو المتوسط، والأظهر أنه من الغرر الكثير؛ لأن من أركان عقد التأمين التي لا يوجد بدونها «الخطر»، وهو حادثة محتملة لا تتوقف على إرادة أحد الطرفين، والتأمين لا يجوز إلا من حادث مستقبل غير محقق الوقوع. فالغرر عنصر ملازم لعقد التأمين، ومن الخصائص التي يتميز بها، وهذا يجعله من الغرر المنهي عنه(١).

يضاف إلى ذلك أنَّ الغرر في عقد التأمين ملحوظ في أكثر من موضع فهو غرر في الوجود، وغرر في الحصول، وغرر في مقدار العوض، وغرر في الأجل(٢).

أما الغرر في الوجود فإن مبلغ التأمين ـ وهو دين في ذمة شركة التأمين ـ غير محقق الوجود؛ لأنه يتوقف على تحقق الخطر المؤمن منه، وهو قد يتحقق وقد لا يتحقق.

والغرر في الحصول بحيث لا يدري المؤمن ما سيحصل عليه من قسط التأمين، ولا يدري المستأمن هل سيحصل على مبلغ التأمين أو لا؟.

---

(١) د. الصديق محمد الأمين الضرير، «حكم عقد التأمين في الشريعة الإسلامية»، المرجع السابق ص: ٤٦٢.

(٢) ينظر: تقرير اللجنة المكلفة بإعداد قرار مجلس المجمع حول التأمين، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة ص: ٣٤؛ ود. حسين حامد حسان، حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين ص: ٥٣ ـ ٨٢؛ ود. غريب الجمال، التأمين التجاري والبديل الإسلامي ص: ١٥٤ ـ ١٦٦؛ ود. محمد بلتاجي، عقود التأمين ص: ٦٨ ـ ٩٣؛ ود. العطار، حكم التأمين ص: ٤١ ـ ٤٦.

والغرر في مقدار العوض بكون مبلغ التعويض غير معروف في مثل تأمين المرض وتأمين الإصابات وتأمين الأضرار بقسميه: الأموال وتأمين المسؤولية؛ لأنه يتوقف على معرفة درجة الخطر المؤمن منه، وهي لا تُعرف إلا بعد الوقوع.

وأما الغرر في الأجل فلا يعرف المؤمن ولا المستأمن أجل انتهاء سداد الأقساط، كما في معظم صور التأمين المقسط، ولا يعرفان أجل استحقاق مبلغ التأمين على فرض تحقق الوقوع[(١)].

○ ـ حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما **«أَنَّ النَّبِيَ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الكَالِئِ بالكَالِئِ»**[(٢)].

ووجه الدلالة من الحديث أنه نهى عن بيع الدين بالدين؛ ذلك بيع الكالئ بالكالئ عند الفقهاء هو بيع النسيئة بالنسيئة، أو الدَّين المؤخر بالدَّين المؤخر[(٣)]، وعقود التأمين تتضمن هذا البيع الذي هو من العقود المحرمة في الشريعة الإسلامية[(٤)].

وعلة عدم جواز بيع الكالئ بالكالئ انتفاء الفائدة من البيع أثناء انعقاده، فالأصل في البيع أن آثاره تترتب عليه بمجرد صدوره، بحيث

---

(١) د. أحمد سالم ملحم، التأمين الإسلامي ص:٤٥ ـ ٤٦.

(٢) أخرجه: الدارقطني، سنن الدارقطني (٣/ ٧١ ـ ٧٢)؛ والحاكم، المستدرك (٢/ ٦٥) وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، وقال ابن حجر ت٨٥٢هـ: في إسناده موسى بن عبيدة الربذي وقد تفرد به، ووهم من اعتبره موسى بن عقبة. والأول متروك، قال عنه الإمام أحمد: لا تحل عندي الرواية عنه، ولا أعرف هذا الحديث عن غيره (ينظر: ابن حجر، التلخيص الحبير ٣/ ٢٦).

(٣) د. نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص:٢٢٩.

(٤) د. حسين حامد حسان، حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين ص:٩٠ ـ ٩٢؛ ود. محمد بلتاجي، عقود التأمين ص:١١٧ ـ ١١٨.

يتسلم المتعاقدان أو أحدهما البدل المنتفع به، فإذا تأخر تسليم البدلين بجعلهما موصوفين في الذمة إلى أجلٍ انتفت الفائدة من البيع[1].

فالمستأمن يلتزم بدفع مبلغ التأمين على أقساط، فهو دين في ذمته، والمؤمن يلتزم بدفع مبلغ التأمين دفعة واحدة أو على دفعات عند تحقق الخطر، فهو دين في ذمته إذا تحقق الخطر، وهذا هو عين ما يُعرف في الشرع ببيع الكالئ بالكالئ[2].

هذا، وإن التحريم المستفاد من الحديث لا ينطبق إلا على العقود التي يكون مبلغ التأمين فيها مقسطاً، أما ما يكون فيها دفعة واحدة فلا يشملها.

٣ ـ من المعقول:

وأهم ما استند إليه أصحاب القول الأول من الأدلة العقلية ما يأتي:

○ ـ إن عقود التأمين تتضمن الغبن وهو النقص في أحد العوضين، بأن يكون أحدهما أقل مما يساوي البدل الآخر عند التعاقد، «فالغبن إذاً هو كون المقابلة بين البدلين غير عادلة، لعدم التساوي بين ما يأخذه أحد العاقدين وبين ما يعطيه»[3].

وقد عرَّف الراغب الأصفهاني (ت٥٠٢هـ) الغبن بقوله: «الغَبْنُ: أن تبخس صاحبك في معاملة بينك وبينه في ضرب من الإخفاء»[4].

وعلى هذا فكل معاملة تضمنت غبناً فاحشاً غير معتاد في عقود المعاوضات فهي محرمة شرعاً[5].

---

(١) ينظر: د. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات ص:٢٤٨ ـ ٢٤٩.

(٢) د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة ص:١٢٢.

(٣) د. نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص:٢١٠.

(٤) الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن ص:٣٥٩، مادة: «غ ب ن».

(٥) د. عبد الناصر توفيق العطار، أحكام التأمين في القانون المدني والشريعة الإسلامية (لا.ط؛ القاهرة: مطبعة السعادة، ١٩٧٤م) ص:٢١٧ ـ ٢١٨.

وإذا نظرنا إلى المعاوضة في عقود التأمين بين القسط ومبلغ التأمين، نجد المستأمن قد يدفع قسط التأمين بكامله ثم لا يستحق شيئاً من المبلغ فيكون مغبوناً، وقد يدفع جزءاً يسيراً من القسط ثم يستحق المبلغ بكامله فيغبن المؤمِّن، وهذا كله غبن فاحش غير جائز شرعاً.

وإن وصف الغبن ينطبق على جميع أنواع التأمين على الأموال وللمسؤولية، ومعظم أنواع التأمين على الأشخاص(١).

○ ـ إن عقود التأمين تشتمل على بعض الشروط الفاسدة، وهذه الشروط تبطل عقد التأمين وتجعله حراماً(٢).

كما أن عقود التأمين من عقود الإذعان التي لا يملك المستأمن تجاهها إلا القبول بها إذا أراد التأمين، ولا تكاد تخلو وثيقة التأمين من شرط مفسد للعقد؛ كاشتراط فوائد ربوية على الأقساط المتأخر دفعها، واشتراط عدم الاعتراف بالمسؤولية للمضرور(٣).

○ ـ إن في بعض عقود التأمين ما يخالف قواعد الميراث والوصية في الشريعة الإسلامية، وما كان كذلك فهو محرم شرعاً(٤).

ففي كثير من عقود التأمين على الحياة يُدفع مبلغ التأمين فيها إذا تحقق الخطر للمستفيد الذي يحدِّدُهُ المستأمِنُ، وقد يكون المستفيدُ بعض الورثة أو من غيرهم، كما قد يكون المبلغ زائداً على ثلث التركة، وهذا مخالف لنصوص الشريعة الإسلامية وقواعدها في توزيع الميراث وتنفيذ الوصايا.

---

(١) د. عبد اللطيف آل محمود، التأمين الاجتماعي ص: ٣٠٤.

(٢) د. عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق ص: ٢٣٢ ـ ٢٣٣.

(٣) د. عبد اللطيف آل محمود، المرجع السابق ص: ٣٠٤ ـ ٣٠٥.

(٤) د. عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق ص: ٢١٦ ـ ٢١٧؛ وحكم التأمين في الشريعة الإسلامية ص: ٥١ ـ ٥٢.

وإن تلك المخالفة لأحكام الميراث والوصية تنطبق على بعض أنواع التأمين على الحياة دون بقية أنواع التأمين على الأشخاص ودون التأمين للمسؤولية والتأمين على الأموال(١).

○ ـ إن في عقود التأمين التجاري إلزاماً بما لا يلزم شرعاً، فإن المؤمِّن لم يَحدُث الخطر منه، ولم يتسبب في حدوثه، وإنما كان منه مجرد التعاقد مع المستأمن على ضمان الخطر على تقدير وقوعه مقابل مبلغ يدفعه المستأمن له، والمؤمِّن لم يبذل عملاً للمستأمن فكان حراماً(٢).

○ ـ إن في عقود التأمين تحدٍّ للقدر الإلـٰهي، ولذلك لا يجوز(٣).

ب ـ أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة عقلية مختلفةٍ من أبرزها ما يلي:

١ ـ القصد التعاوني:

إن التأمين وإن كان في أساسه عقد معاوضة، إلا أن المقصود به التعاون والنُّصرة، وإن توجيهات الإسلام تدعم التعاون والتناصر إن كان على البر والتقوى دون الإثم والعدوان(٤).

وإن شركة التأمين لا تدفع مبالغ التأمين التي تلتزم بها إلا مما تجمعه من أقساط التأمين التي يدفعها المستأمنون، وكأنهم تعاونوا على دفع الأضرار التي تحيق ببعضهم، وأما الشركة فليست سوى وسيط يشرف على تنظيم العملية التعاونية، فتتحصل على الأقساط وتستثمر

---

(١) د. عبد اللطيف آل محمود، المرجع السابق ص:٣٠٥.

(٢) تقرير اللجنة المكلفة بإعداد قرار مجلس المجمع حول التأمين، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة ص:٣٦.

(٣) سعدي أبو جيب، التأمين بين الحظر والإباحة ص:٤١.

(٤) مصطفى أحمد الزرقا، نظام التأمين ص:٣٣.

الأموال وتسوي التعويضات، ولها مقابل عملها جعل تأخذه مما تحت يديها من أموال، ونتائج هذا العقد كسب للمؤمِّن وأمان للمستأمن قبل تحقق الخطر ومعونة له بعده[1].

٢ ـ القياس على عقد الموالاة:

وعقد الموالاة هو أن يتقدم شخص مجهول النسب من آخر طالباً أن يكون وليّاً له يَعْقِلُ عنه إذا جَنَى ويَرِثُهُ إذا ماتَ؛ والعقل: دفعُ التعويض المالي في جناية الخطأ[2].

وإن عقد الموالاة ـ وإن اختلف الفقهاء في اعتباره سبباً كافياً لاستحقاق الإرث ـ فقد رُوي القول بصحته عن عدد من كبار فقهاء الصحابة ﭫ، وهم: عمر بن الخطاب، وعبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر. كما أخذ به فقهاء الحنفية ضمن شروط محددة. ومستندهم في ذلك السُّنَّة النبوية الثابتة بحديث تميم الداري ﭬ؛ فقد فهموا منه أنه يثبت بهذا العقد ما أسموه «ولاء الموالاة» وإن خالفهم في هذا الفهم سواهم من أئمة الاجتهاد[3].

وإذا كان عقد الموالاة جائزاً في مذهب الحنفية فإن عقد التأمين جائز ـ كذلك ـ نظراً لتماثل العقدين؛ ذلك أن عقد الموالاة يقيم رابطة حقوقية بين عاقديه شرعاً، قوامها التزام شخص بأن يحتمل الموجب المالي عن جناية الخطأ الصادرة من الآخر، في مقابل أن هذا الملتزم يرث الآخر إذا مات دون وارث. والظاهر أن تلك الرابطة الحقوقية ما هي إلا صورة حية من صور عقد التأمين من المسؤولية[4].

---

(١) د. عبد اللطيف آل محمود، المرجع السابق ص:٣٠٩.

(٢) الزرقا، المرجع السابق ص:٣٠.

(٣) المرجع نفسه ص:٣١.

(٤) المرجع نفسه ص:٣٠.

ولئن كان عقد الموالاة ليس فيه أجر ولا عمل، وفيه مخاطرة إذ لا يُدرى أي المتعاقدين يموت قبل الآخر، فقد يموت طالب الولاء ولم يرتكب قتلاً خطأ ليعقل عنه الطرف الآخر، ولكنه سيرثه بمقتضى عقد الموالاة، وقد يموت الطرف الثاني قبل طالب الولاء فلا يوفي بالتزاماته لو استحق عليه دية قتل الخطأ، فإن الأمر نفسه ينطبق على عقد التأمين، فالمستأمن قد يوفي بالتزاماته ولا يلزم المؤمن شيء، وقد لا يوفي إلا ببعض التزاماته ويلزم المؤمن جميع ما التزم به، فالعاقبة في عقد الولاء وعقد التأمين مجهولة، ومادام عقد الولاء جائز، فعقد التأمين جائز قياساً عليه[1].

٣ ـ الضرورة وعموم البلوى:

إن الإسلام دين اليسر ورفع الحرج والعسر، وإن الفقهاء ربطوا معرفة المشقة التي تجلب التيسير بالعرف، فالرجوع إليه فيما يشق على الناس وما لا يشق عليهم أمر لا بد منه، ولا يخفى أن حاجة الناس للتأمين قد اشتدت وعظمت لحفظ أموالهم وتخفيف خسائرهم[2].

وعلى هذا فعقد التأمين مما تعم به البلوى، وإذا لم يمكن التخلص منه فوراً لما فيه من شبهة الربا، والجهالة، والغرر، فإنه لا مانع من العمل به مؤقتاً للضرورة مع وجوب الاجتهاد للتخلص منه[3].

ذلك أن الأحوال الاقتصادية وحركة تنقل الأموال والبضائع في مختلف الأسواق المحلية والدولية، تستدعي استحداث نظام التأمين لتلافي الخسائر المالية التي قد تنجم عن الحوادث المتعددة، ولا يوجد نظام بديل

---

(١) د. عبد اللطيف آل محمود، التأمين الاجتماعي ص: ٣١٠.

(٢) عبد الرحمٰن عيسى، «عقد التأمين»، أسبوع الفقه الإسلامي ص: ٤٧٦، ٤٧٨.

(٣) وهذا الرأي للشيخ أحمد الشرباصي. (ينظر: مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص: ٢٩).

له حتى الآن، فالعمل به يعد من قبيل الضرورة إلى أن يقام البديل[1].

٤ ـ العقود المستحدثة:

إن عقد التأمين من العقود الجديدة المستحدثة والتي تحقق مصالح اقتصادية معتبرة، وما كان هذا وصفه فإنه جائز شرعاً تحقيقاً للمصالح الشرعية.

ولقد أكد الفقهاء أنه لم يرد بشأن عقد التأمين نص من كتاب أو سُنَّة، وليس له حكم سابق مجمع عليه، وفيما عدا ذلك فإن الحكم الشرعي يدور مع المصالح والمفاسد جوازاً ومنعاً، وإن هذا العقد يحقق مصالح اقتصادية لأطراف عدة؛ فيحقق الربح للمؤمِّن، والأمان والتعويض للمستفيدين ويجنبهم غوائل البؤس والفقر، ويوفر بذلك حماية للمجتمع من الآفات بسبب الحاجة، كما توظف أموال التأمين في إنجاح المشروعات التنموية للدولة من خلال الاستثمار في الأنشطة الصناعية والزراعية والتجارية. وعلى هذا فعقد التأمين يأخذ حكم الجواز[2].

٥ ـ القياس على التأمين الاجتماعي:

إن الذين منعوا التأمين التجاري أجازوا التأمين الاجتماعي، وإن هذا الأخير يعتمد الأسس الفنية نفسها والقواعد الإحصائية ذاتها التي يعتمد عليها التأمين التجاري[3].

والملاحظ أنه في كلا التأمينين يدفع المستأمنون الأقساط الدورية، بل إنها في التأمين الاجتماعي مجهولة لكونها مرتبطة بنسبة من الأجر وهو متغير، وترتبط بسن التقاعد أو الموت، والأول معلوم والثاني

---

(١) د. عبد اللطيف آل محمود، التأمين الاجتماعي ص: ٣١٠.

(٢) ينظر: عبد الرحمٰن عيسى، «عقد التأمين»، أسبوع الفقه الإسلامي ص: ٤٦٨، ٤٧٤؛ ود. عبد اللطيف آل محمود، المرجع السابق ص: ٣١٠.

(٣) د. عبد اللطيف آل محمود، المرجع نفسه ص: ٣١١.

مجهول، وإن مبلغ التأمين مجهول في تأمين الأضرار دون التأمين على الأشخاص في التأمين التجاري، وكذلك مبلغ التأمين مجهول في التأمين الاجتماعي مطلقاً لأنه يرتبط بالأجر ومدة التأمين غالباً، والمدة مجهولة ـ أيضاً ـ وهي الوفاة أو انتهاء استحقاق المستحقين عن المؤمن عليه، وذلك مجهول. وعلى هذا فإن جاز التأمين الاجتماعي كان التأمين التجاري أولى بالجواز؛ لأن الجهالة فيه أقل[(١)].

٦ ـ القياس على العاقلة[(٢)]:

إن العاقلة تتحمَّل شرعاً ديَّة القتل خطأ عن القاتل، وتتقاسمها بين أفرادها، لأجل تفتيت أثر المصيبة عن الجاني. والأمر نفسه نجده في شركات التأمين فهي تعمل على ترميم الأخطار، وتخفيف المصاب[(٣)].

٧ ـ التخريج على مسألة ضمان الطريق:

لقد نَصَّ فقهاء الحنفيَّة على صحة ضمان الطريق وصورة المسألة أن يقول رجل لآخر: اسلك هذا الطريق فإنّه آمن وإن أصابك فيه شيء فأنا ضامن، فإذا سلكه فأخذه اللصوص ضمن القائل[(٤)].

---

(١) د. عبد اللطيف آل محمود، المرجع السابق ص:٣١١.

(٢) العقل: هو الدية، وأصله أن القاتل كان إذا قتل قتيلاً جمع الدية من الإبل، فعقلها بفناء أولياء المقتول؛ أي: شدها في عُقُلها ليسلمها إليهم، فسميت الدية عقلاً بالمصدر، والعاقلة: هي العصبة، والأقارب من قبل الأب الذين يُعطُون دية قتيل الخطأ، وهي صفة جماعة عاقلة، وأصلها اسم فاعلة من العقل، وهي من الصفات الغالبة. وقد جاء في الحديث: «الدية على العاقلة». (ينظر: سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً ص:٢٥٨ ـ ٢٥٩؛ والتأمين بين الحظر والإباحة ص:٦٠).

(٣) مصطفى أحمد الزرقا، نظام التأمين ص:٦٢؛ ود. عبد اللطيف آل محمود، المرجع السابق ص:٣١٠.

(٤) د. عبد اللطيف آل محمود، المرجع السابق ص:٣١١.

٨ ـ قياس عقد التأمين على نظام التقاعد:

إن نظام التقاعد عقد معاوضة يقوم على اقتطاع جزء ضئيل من مرتب الموظف شهرياً ليصرف له على شكل تعويض في نهاية خدمته وبلوغه سِنّاً معينة، وهذا يشبه إلى حد كبير أقساط التأمين وعوضه؛ ذلك أن كلّاً من الموظف والمستأمن لا دراية لهما بمدة استمرار دفع الأقساط على وجه التحديد، ولا إجمالي المبلغ المدفوع، ثم إنهما قد يستلما أكثر من مجموع الأقساط وقد لا يستلما شيئاً. وعليه فإذا جاز نظام التقاعد فالحكم مثله للتأمين(١).

جـ ـ أدلة القول الثالث:

ونظراً لأن أصحاب هذا القول يجيزون بعض أنواع التأمين التجاري دون البعض الآخر، وكذا تعدد آرائهم في بعض أنواع التأمين فسوف أعرض ما استند إليه هؤلاء حسب تقسيم التأمين من حيث محله إلى تأمين على الأشخاص، وتأمين على الأشياء وتأمين للمسؤولية.

١ ـ التأمين على الأشخاص:

لقد سبق بيان أن التأمين على الأشخاص أقسام خمسة: تأمين على الحياة، وتأمين للزواج، وتأمين للأولاد، وتأمين للمرض، وتأمين للإصابات.

وقد استند من أجاز هذا النوع من التأمين إلى أنه في حقيقته عقد مضاربة؛ إذ المال من جانب المشتركين والعمل من جانب الشركة والربح لهما، ولئن كان من شرط صحة المضاربة أن تكون حصة كل من المتعاقدين نصيباً نسبياً من الربح لا نصيباً معيناً، إلا أن هذا الشرط تصح مخالفته مراعاة للمصلحة بناء على جواز جعل الرجل جزءاً معيناً من

---

(١) مصطفى أحمد الزرقا، نظام التأمين ص: ٦٤.

كسبه لمن أعطاه مالاً يستغله، وبناء على خلاف الفقهاء في الشرط الخاص بحصة رب المال من الربح في عقد المضاربة، فهو صحيح نافع للمشتركين وللشركة وللمجتمع، وهو ادخار وتعاون من أجل مصلحة المشترك ومصلحة ورثته حين تفاجئه المنية، والشريعة الإسلامية إنما تحرم الضار والذي كان ضرره أكثر من نفعه[1].

٢ ـ التأمين على الأموال:

استند من أجاز التأمين على الأموال إلى أن هذه معاملة جديدة لم يكن لها أثر في الصدر الأول، كما لا يوجد نص من قرآن أو سُنَّة يفيد منعها، ولم يسبق للمتقدمين تناولها بالبحث أو إيراد حكم فيها، وهي ليست من البيع والمعاوضة، وإن القسط المدفوع بمقتضاها أشبه بالتبرع، وأنه لا غرر ولا ميسر ولا قمار فيه، وليست من الضمان بجُعْل، كما أن شركة التأمين أشبه بجمعية اكتتابية خيرية لإعانة المنكوبين وفق نظام والتزام، وإن التعامل بالتأمين مما عمت به البلوى ولا يمكن الاستغناء عنه لما فيه من حفظ الأموال[2].

أما من أجاز التأمين على الأموال ضد خطر معين كالسرقة والغصب، دون الحوادث الكونية التي تجري فيها المقادير السماوية، فقد استند إلى أن العقد من الكفالة، بحيث يلزم الكفيل كل ضرر يقع على المتعاقد[3].

واستدل آخرون في جواز التأمين على الأموال أن هذا العقد

---

(١) ينظر: د. الصديق محمد الأمين الضرير، «حكم عقد التأمين في الشريعة الإسلامية»، أسبوع الفقه الإسلامي ص: ٤٥٤؛ ود. عيسى عبده، التأمين بين الحل والتحريم ص: ١٥٤.

(٢) الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي (٢/٥٦٨).

(٣) د. عيسى عبده، التأمين بين الحل والتحريم ص: ١٨٢ ـ ١٨٣.

مستحدث ويحقق فوائد عظيمة، وليس فيه شيء محظور، وما يكون فيه من غرر وجهالة فهي يسيرة لا تقتضي تحريمه، اعتماداً على حاجة المسلمين إليه وتعارف الناس عليه[1].

في حين اختار آخرون جانب الشبه بين التأمين وضمان حارس السوق، إذ الجهالة في التأمين على الأشياء تشبه الجهالة في ضمان الدرك والعهدة، وفي ذلك اختلاف الفقهاء، وأنه يصح الاعتماد على العرف والاستحسان والمصلحة في إباحة التأمين.

٣ ـ التأمين للمسؤولية:

استند المجيزون للتأمين للمسؤولية إلى القياس على عقد الموالاة، وهو عقد قال به عدد من كبار فقهاء الصحابة وفقهاء الأمصار، ففي عقد الموالاة يلتزم المولى بأن يعقل عمن يواليه ما يصدر عنه من جناية الخطأ، وفي تأمين المسؤولية تلتزم الشركة بدفع ما ينشأ عنه من مسؤولية، ويقابل ذلك التزام بعوض مالي للمولى، وهو الميراث في عقد الموالاة والقسط الذي يدفعه المستأمن للشركة[2].

واختار آخرون القياس على العاقلة في الجنايات، وعلى القسامة في القتل الذي لا يعرف من قام به؛ لأن التأمين يقوم مقامهما حتى لا تهدر الدماء وتضيع الحقوق[3].

• مناقشة الأدلة والترجيح:

أ ـ مناقشة أدلة القول الأول:

نوقشت أدلة أصحاب القول الأول وفق الآتي:

---

(١) د. عبد اللطيف آل محمود، التأمين الاجتماعي ص:٣٠٨.

(٢) المرجع نفسه ص:٣٠٨ ـ ٣٠٩.

(٣) المرجع نفسه ص:٣٠٩.

١ ـ القول بأن في التأمين قمار:

وقد نوقش هذا الدليل بأن التأمين جد والقمار لعب وأن المؤمن إنما دفع ماله لمن يدفع عنه ضرراً كما يدفع التاجر لمن يحرس القافلة مبلغاً لحفظها من الخطر[١].

والظاهر أن حقيقة التأمين تختلف عن حقيقة القمار شرعاً وقانوناً، وإن كان في كل منهما غرر، فالقمار ضرب من اللهو واللعب يقصد به الحصول على المال عن طريق الحظ والمصادفة، وهو يؤدي دائما إلى خسارة أحد الطرفين وربح الطرف الآخر، ولهذا وصفه القرآن بأنه موقع في العداوة والبغضاء وصاد عن ذكر الله وعن الصلاة[٢].

والقانون ـ كذلك ـ يحرم المقامرة في حين أنه يجيز عقد التأمين ولا يعتبره من القمار، ويفرق شراح القانون بين التأمين والقمار بأن التأمين يقوم على التعاون بين المستأمنين، ذلك التعاون الذي يؤدي إلى توزيع المخاطر بين أكثر عدد ممكن من الأفراد بدلاً من أن يتحمل كل فرد عبء ما يصيبه من كارثة وحده، ويؤدي أيضاً إلى كفالة الأمان للمستأمن والمؤمن معاً، فالمستأمن واثق من الحصول على ما التزم المؤمن بأدائه، والمؤمن مطمئن أيضاً إلى أنه سيفي بما التزم به؛ لأن التعويض سيدفع من الرصيد المشترك الذي تعاون المستأمنون على جمعه لا من مال المؤمن الخاص[٣].

وهذا الأمان هو الغاية التي يسعى إليها كل مستأمن، فالشخص الذي يؤمن على حياته، أو يؤمن على ماله ضد الحريق مثلاً إنما يفعل

---

(١) مصطفى أحمد الزرقا، نظام التأمين ص:٤٧.

(٢) المرجع نفسه؛ ود. الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود ص: ٦٠ و٦٤٥ـ ٦٤٦.

(٣) د. الصديق محمد الأمين الضرير، المرجع نفسه ص:٦٤٦.

ذلك بغرض التحصن من خطر محتمل لا يقوى على تحمله وحده. وهذه المعاني غير موجودة في المقامرة فإن المقامر لا يتحصن من خطر وإنما يوقع نفسه في الخطر، وهو عرضة لأن يفقد ماله جرياً وراء ربح موهوم موكول لمجرد الحظ.

وعلى هذا فليس هناك ما يبرر قياس التأمين على القمار، فالتأمين جد، والقمار لعب، والتأمين يعتمد على أسس علمية، والقمار يعتمد على الحظ، وفي التأمين ابتعاد عن المخاطر وكفالة للأمان واحتياط للمستقبل بالنسبة للمستأمن، كما فيه ربح محقق عادة بالنسبة للمؤمن، وفي القمار خلق للمخاطر، وابتعاد عن الأمان وتعرض لمتاعب المستقبل فكيف يستويان؟[1].

الجواب: أن عقد التأمين يدخل تحت تعريف الميسر وتوجد فيه خصائصه. وأما المال الذي يُدفع لمن يحرس القافلة ونحوها فهذا المبلغ إنما يُدفع أجرةً للحارس مقابل تسليمه نفسه وقت العقد ليقوم بمقتضاه ولم يأخذ المبلغ دون تسليمه نفسه. ثم إنه لا يضمن ما سرق أو تلف إذا لم يفرط في واجبه.

٢ ـ القول بأن في التأمين ربا:

إن ربا الفضل يتحقق في معاوضة مال بمال إذا تضمنت فضل مال لا يقابله عوض، وهذا إنما يكون عند اتحاد جنس البدلين في المعاوضة إذا كانا من الأصناف الربوية الستة التي تضمنها حديث ربا الفضل، أو ما أُلحق بهذه الأصناف. وربا النسيئة هو ما يتضمن فضل مال في مقابلة الأجل أي تأخير الوفاء، وقد لا يتضمن فضلاً وإنما يتحقق الربا بتأخير قبض البدل وذلك لا يكون إلا في الأصناف الستة المشار إليها أو ما أُلحق بها بشرط ألا يكون أحد البدلين فضة ولا ذهباً.

---

(١) د. الصديق محمد الأمين الضرير، المرجع السابق ص:٦٤٦.

وعقد التأمين خال من الربا؛ لأن المعاوضة فيه معاوضة بين نقود تُدفع أقساطاً للشركة ومنفعة هي تحمُّلها تبعة الكارثة وضمان رفع أضرارها، وما قيام الشركة بدفع التعويض إلا نتيجة لازمة لتحمل التبعة، أو لهذا الضمان الذي أفاده العقد.

وعلى هذا فإن أحد البدلين منفعة، وهي ليست من الأصناف الستة، ولا مما أُلحق بها، فلا يتحقق ربا النسيئة، وكذلك لا يتحقق ربا الفضل، لاختلاف جنس البدلين[1].

٣ ـ القول بأن في التأمين أكل مالٍ بالباطل:

إن الآية التي تنهى عن أكل المال الباطل لا تكفي وحدها للاستدلال على منع عقد التأمين؛ لأن المخالف ينازع في أنه من أكل المال بالباطل فعلى من يدعي ذلك أن يثبته بدليل آخر[2].

٤ ـ القول بأن في التأمين غرر:

وقد نوقش هذا الدليل بأمرين؛ الأوَّل: أنه لا يوجد غرر في عقد التأمين لأن غايته حصول الأمان وقد حصل بمجرد العقد سواء وقع الخطر أو لا، والثاني أنّه على فرض حصوله فهو غرر يسير لا يؤثر في العقد[3]. ذلك أن عنصر الاحتمال في حدوده الطبيعية وقلَّما تخلو منه أعمال الإنسان، وتصرفاته المشروعة، وقلّما تخلو منه طبيعة الأشياء. ولهذا رأينا الفقهاء يجيزون بيع الثمار على أشجارها بعد بدوّ صلاحها، مع أنه يبقى في بيعها بعد ذلك نوع غررٍ وجهالةٍ، ولكنه أقل مما قبله[4].

---

(١) محمد سعيد عبد المطلب، نظم التأمين ص:٩٦؛ وينظر: سعدي أبو جيب، التأمين بين الحظر والإباحة ص:٣٧.

(٢) د. الصديق محمد الأمين الضرير، المرجع السابق ص:٢٣ ـ ٢٦ و٦٤٤.

(٣) مصطفى أحمد الزرقا، نظام التأمين ص:١٦٥.

(٤) سعدي أبو جيب، المرجع السابق ص:٢٩.

الجواب: أن النظر الشرعي في عقود المعاوضات إنما يتوجه لمحل العقد لا إلى غايته، إذ الغاية أمر غير منضبط ولكلٍّ أن يجعل غاية عقده بما يراه، فيمكن القول بأن غاية عقد التأمين أكل المال بالباطل. ويمكن لمن يبيح الفوائد الربويّة أن يتذرع بأن غايتها تحريك المال وتنميته واستثماره. وعليه فتوصيف الأحكام لا يتعلق بالمقاصد دون النظر للمحل. وإنَّ محل عقد التأمين هو قسط التأمين وعوضه وهذا العِوَض مجهول الحصول والمقدار والأجل.

ولئن رأى البعض أن محل عقد التأمين هو نفس ضمان الأمن والأمان، وقرَّر أن هذا المحل حقٌّ معنويٌّ متفق مع الحقوق المحسوسة في اعتباره محل معاوضة، ومحلاً لتداول الأيدي على تملكه، ولذا لا مانع من أن يكون الأمان هو محل المعاوضة في عقد التأمين(١)؛ فإن هذا يمكن أن يناقش بما يلي:

١ ـ إن الحق هو اختصاص يقرِّر به الشرع سلطةً أو تكليفاً(٢)، (والحق المعنوي سلطة لشخص على شيء غير مادي هو ثمرة فكره أو نشاطه)، والأمان ليس اختصاصاً بل هو شعور داخلي وطمأنينة نفسيَّة؛ كالحب والبغض لا يمكن تداوله ولا المعاوضة عليه.

٢ ـ إن عقد التأمين لا يحقق للشخص الذي يرغب في توقي نتائج الخطر أماناً حقيقياً؛ لأنه مهدد بإعسار المتعاقد معه.

٣ ـ إن جعل الأمان محلاً لعقد التأمين مخالف للنظرة القانونية التي نشأ هذا العقد في ظلالها، ومخالف للنظر الفقهي حتى لدى من أجاز عقد التأمين(٣).

---

(١) ينظر تعليق الأستاذ أبي زهرة على عقد التأمين في: أسبوع الفقه الإسلامي ص: ٥٢٠ ـ ٥٢٢.

(٢) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام (٣/ ١٠).

(٣) ينظر: الزرقا، نظام التأمين ص:١٦٦؛ ود. الصديق محمد الأمين الضرير، =

٤ ـ إن الأمان إذا كان هو محل عقد التأمين فإنه ينبغي أن يكون منحه للمستأمن كافياً عن بذل عوض التأمين. وإذا قيل: إن الأمان لا يحصل إلا ببذل عوض التأمين علمنا أن محل العقد هو المال وأن الأمان هو الباعث عليه أو الغاية منه.

٥ ـ ثم إن الأمان المجعول محلاً لعقد التأمين مجهول المقدار غير معلوم الصفة تحديداً وهذا غرر أيضاً.

وكون عقد التأمين يقصد به التعاون، ولا يقصد به تحمل أثر الحظ أو الربح عن طريق الحظ، لا ينفي عنه الغرر، وإنما ينفي أن يكون قماراً أو مراهنة، وهذا هو ما انتهى إليه د. عبد الرزاق السنهوري نفسه في آخر كلامه فقد ختمه بقوله: «فعقد التأمين بالنسبة إلى المؤمن له ليس إذاً عقدا يقصد به تحمل أثر الحظ، كما هو الأمر في المقامرة والرهان، بل هو على العكس من ذلك عقد يقصد به إبعاد أثر الحظ بقدر المستطاع»(١).

هذا، وإن الغرر في عقد التأمين هو من النوع الكثير الذي غلب على العقد حتى صار العقد يوصف به، ذلك أن من أركان عقد التأمين التي لا يوجد بدونها «الخطر» والخطر هو حادثة محتملة لا تتوقف على إرادة أحد الطرفين، ولذا لا يجوز التأمين إلا من حادث مستقبل غير محقق الوقوع، فالغرر عنصر ملازم لعقد التأمين، ومن الخصائص التي يتميز بها، ومما يدل على أن الغرر تمكن من عقد التأمين وأصبح صفة ملازمة له أن كثيراً من القوانين تذكره تحت عنوان «عقود الغرر»، ولكن بعض المجوزين لعقد التأمين، المعترفين بوجود الغرر فيه، يرون أن الغرر الذي فيه مغتفر لا يمنع صحته(٢).

= الغرر وأثره في العقود ص:٥٨٧ وما بعدها.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (٧/ ١١٤٠).

(٢) ينظر: د. الصديق محمد الأمين الضرير، المرجع السابق ص:٦٥١ وما بعدها.

٥ ـ القول بأن في التأمين بيع كالئ بكالئ:

إن حديث ابن عمر رضي الله عنهما المحتج به غير ثابت الصحة، ومن ثم لا يحتج به[١].

هذا، ومع تضعيف العلماء للحديث فإن بعضهم قد حكى الإجماع على منع بيع الدَّين بالدَّين (وهو تفسير الكالئ بالكالئ)، وممن حكى الإجماع أحمد بن حنبل (ت٢٤١هـ)[٢]، وابن المنذر (ت٣١٨هـ)[٣]، وابن رشد الحفيد (ت٥٩٥هـ)[٤].

ولقد تتبع وناقش د. الصديق محمد الأمين الضرير مسألة بيع الدَّين بالدَّين في مختلف آراء فقهاء المذاهب وخلص إلى القول: «أرى جواز بيع الدَّين مطلقاً، أعني سواء بيع للمدين أو لغيره بنقد أو بدين ما دام خالياً من الربا، ومن الغرر المفسد للعقد الناشئ عن عدم القدرة على التسليم، وعن بيع الإنسان ما لا يملك؛ لأنه لم يرد نص يعتمد عليه في بيع الدَّين بالدَّين، ودعوى عدم القدرة على التسليم في بيع الدَّين لغير المدين غير مسلمة؛ لأن كلامنا في دين معترف به، ممكن تسلمه من المدين، ثم عن بيع الدَّين مما تدعو الحاجة إليه، وفيه مصلحة ظاهرة للطرفين، فلا يصح التضييق عليهم بمنعه، وليس فيما ذهبت إليه خروج على آراء الفقهاء، فقد رأينا اختلافهم في بيع الدَّين بالنقد، أما دعوى الإجماع على منع بيع الدَّين بالدَّين فغير مسلمة على إطلاقها، ولعل الصورة المجمع على منعها في بيع الدَّين بالدَّين هي ما ترتب عليها ربا،

---

(١) سبق تخريج الحديث؛ ويراجع: د. الصديق محمد الأمين الضرير، «بيع الدين» مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة: ١١، عدد: ١٣ (ط:٢؛ مكة المكرمة: رابطة العالم الإسلامي، ١٤٢٧هـ ـ ٢٠٠٦م) ص:٢٩ وما بعدها.

(٢) ابن قدامة، المغني (٦/ ١٠٦).

(٣) المرجع نفسه.

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٢/ ١٢٥).

وهي صورة فسخ الدَّين بالدَّين المجمع على منعه: وهو أن يكون للرجل على الرجل دين، فيجعله عليه في دين آخر مخالف له في الصفة أو القدر، فهذا هو الذي وقع الإجماع على امتناعه. وأضيف إلى هذه الصورة التي يترتب عليها بيع الإنسان ما لا يملك مع تأجيل الثمن (ابتداء الدَّين بالدَّين)؛ لأن بيع الإنسان ما لا يملك لا يجوز إلا في السلم بشروطه»[1].

٦ ـ القول بأن في التأمين غبن:

إن القول بأن التأمين عقد معاوضة لا تقع المساواة بين ما يدفعه المؤمَّن له، وبين ما يقبضه حال وقوع الخطر، فقول صحيح ولا شك.

ولكنه يمكننا القول بأن المساواة والمعادلة في الأبدال لا تجب فقهاً إلا في حالتين:

الأولى: ضمان المُتْلَفَات؛ فهذه يجب فيها التعادل المطلق بقدر الإمكان؛ فإن كان المُتْلَفُ مِثْلِياً وجب مثله، أو قيميّاً وجبت قيمته التي هي سعره الذي يساويه في السوق بين الناس.

والثانية: عقود المعاوضات في الأموال الربوية إذا قوبلت بجنسها؛ كالقرض والصرف، وفيما عدا ذلك لا تجب المساواة والمعادلة.

ثم إننا نرى أن المبيع في عقد البيع مضمون على المشتري بالثمن لا بالقيمة، والثمن هو العوض قل أو كثر؛ لأن الإنسان قد يبيع ما يملك بثمن بخس، وإن كانت قيمته غالية، وبالعكس. مع ملاحظة أن البيع يخلو من أي فكرة تعاونية، وإنما هو عمل تجاري محض، ومع ذلك جاز فيه شرعاً هذا التفاوت بين العوضين ما دام الأساس فيه هو الإرادة[2].

---

(١) د. الصديق محمد الأمين الضرير، «بيع الدين» المرجع السابق ص:٥٦ ـ ٥٧.

(٢) سعدي أبو جيب، التأمين بين الحظر والإباحة ص:٣٣ ـ ٣٤.

٧ـ القول بأن في التأمين شروطاً فاسدة وأنه من عقود الإذعان:

إن القول بأن في بعض عقود التأمين شروطاً فاسدة كأن يتضمن التأمين على الحياة التزام الشركة بدفع مبلغ التأمين الذي يحتوي على فائدة محسوبة على مجموع الأقساط التي دفعها المؤمن له، فيجاب على هذا الاعتراض بأن الفائدة المذكورة ليست من ضرورة التأمين على الحياة ولوازمه بل إنها شرط في العقد يمكن الحكم عليه وحده دون الحكم على نظام التأمين في ذاته، ومثل ذلك مثل البيع والإجارة وسائر العقود المسماة المشروعة في ذاتها، فقد أباحتها الشريعة ومع ذلك تُمنع بعض الشروط التي تتضمنها والتي تكون منافية لقواعد الشريعة، وليس معنى ذلك أن العقد في ذاته من حيث نوعه وموضوعه غير مشروع[١].

أما فيما يتعلق بالاعتراض بأن شركات التأمين تستغل ما تأخذه من الأقساط في معاملات ربوية، فإن ذلك أيضاً منفصل عن التأمين في ذاته، والكلام في عقد التأمين، وليس فيما تقوم به شركات التأمين من أعمال وعقود أخرى مشروعة أو ممنوعة[٢].

أما وصف عقد التأمين بأنه من عقود الإذعان، فقد يوحي من خلال تلك التسمية «الإذعان» ما يحرك نوازع الحكم عليه بالتحريم، لكون هذا اللفظ مما تأباه النفوس الحرة من الانصياع والذل والإكراه.

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن عقود الإذعان منتشرة في حياتنا المعاصرة، وعامة بها البلوى، وحتى الفقهاء والمفتون ـ على اختلاف مواقفهم ـ لا يجدون مناصاً من التعامل بها، في مجالات الكهرباء والماء والهاتف والبريد والتأمين، والنقل بأنواعه.

---

(١) ينظر: الزرقا، نظام التأمين ص: ٥٥ ـ ٥٦؛ ومحمد عبد المطلب، نظم التأمين ص: ٩٧؛ ود. الحكيم، عقد التأمين ص: ٤٠٢ ـ ٤٠٣.

(٢) محمد عبد المطلب، المرجع نفسه ص: ١٠٠.

وليس هناك ـ لو تأملنا ـ ما يدعو للمسارعة إلى تحريم كل عقد من عقود الإذعان هذه، ذلك لأن التراضي فيها موجود، ولكن بطريقة كاملة: خذه كله أو دَعْه كله. وقد تكون هذه العقود موحَّدة بين جميع المنشآت التي تتعاطاها، وقد تختلف بنودها من منشأة إلى أخرى. وينتفي الاحتكار والاستغلال بإحدى طريقتين: رقابة الدولة، إذا كانت المنشآت حكومية، أو خاصة، ولكنها خاضعة لتنظيم الدولة وإشرافها، والطريقة الثانية: المنافسة بين المنشآت، بحيث يكون هناك تنوع في السلع والخدمات، واختلاف في بنود العقد، واعتدال في الثمن[١].

ومع هذا، فقد تنطوي عقود الإذعان، في بعض الحالات، على شروط تعسفية، فربما ينطبق عليها هنا لفظ الإذعان، لا سيما إذا كانت السلعة ضرورية، والمنشأة احتكارية. لكن بالمقابل، قد يكون لهذه العقود مزايا، في حالات أخرى، من حيث إنها تؤدي إلى تخفيف الجهد في المناقشة والمفاوضة والمساومة، والأخذ والرد، مما يؤدي بدوره إلى انخفاض تكاليف العقود. ثم إنها عقود نمطية، مطبوعة أو مكتوبة، بحيث لا يكون فيها تفريق، في شروط العقد، بين غني وفقير، أو بين قوي وضعيف. وبهذا ترى أن عقد الإذعان، برغم ما يؤخذ عليه من أن طرفيه أحدهما قوي يملي شروطه، والآخر ضعيف لا يملك إلا أن يقبل بها، إلا أنه يسوي بين أفراد هذا الطرف الآخر، ولو كانوا متفاوتين فيما بينهم قوة وضعفاً.

والظاهر أن الأنسب تسمية هذه العقود بـ «عقود الانضمام» بدلاً من «عقود الإذعان»؛ لأن لفظ الانضمام أقرب إلى المعنى[٢].

٨ ـ القول بأن في التأمين مخالفة لقواعد الميراث والوصية:

إن هذا القول غير مسلَّم به؛ لأنه مبني على افتراض غير صحيح؛

---

(١) د. رفيق يونس المصري، الخطر والتأمين ص: ٨٠.

(٢) المرجع نفسه ص: ٨١.

فمبلغ التأمين حين يستحق للمستفيد، وليس حقاً للمؤمَّن له حتى يدخل في ذمته، وبالتالي يحتسب ضمن تركته. إنَّ هذا المبلغ ينتقل وفقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير من ذمة المؤمِّن (الشركة) إلى ذمة المستفيد مباشر، دون أن يمرَّ بذمّة المؤمَّن له (المشترط)؛ وعلى هذا فإن مبلغ التأمين لا يعتبر جزءاً من تركة هذا الأخير، ومن ثم لا محل لتطبيق قواعد الميراث عليه[1].

٩ ـ القول بأن في التأمين إلزام بما لا يلزم شرعاً:

أجاب المجيزون للتأمين بأن الالتزام بالضمان حين العقد تم برضا المؤمِّن، وعن طيب نفس منه، فالتزم بما التزم، ولا مانع من ذلك، وله نظير في الفقه الإسلامي أو وهو عقد الكفالة؛ فقد أجاز الحنفية والمالكية والحنابلة كفالة المجهول[2].

١٠ ـ القول بأن في التأمين تحدٍّ للقدَر:

ردَّ أصحاب القول الثاني على هذا القول بأن التأمين ليس ضماناً لعدم وقوع الخطر المؤمَّن منه حتى يكون تحدياً للأقدار، فليس بإمكان مخلوقٍ منع القدر من الوقوع، وليس التأمين سوى تخفيف لآثار الخطر وترميمه عند وقوعه[3].

ب ـ مناقشة أدلة القول الثاني:

أولاً: التعاون والنصرة:

نفى أصحاب القول الأول طابع التعاون عن عقد التأمين، حيث

---

(١) د. أحمد السعيد شرف الدين، عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار واقعها الحالي وحكمها الشرعي (لا.ط؛ القاهرة: مطبعة حسان، ١٩٨٢م) ص:٢٢٤ ـ بواسطة: د. عبد الهادي الحكيم، عقد التأمين ص:٤٠٨.

(٢) أبو جيب، التأمين بين الحظر والإباحة ص:٣٩، ٥٧.

(٣) ينظر: الزرقا، نظام التأمين ص:٤٩؛ ود. البهي، نظام التأمين ص:٤٨؛ وأبو جيب، المرجع نفسه ص:٤١ـ ٤٢.

قالوا بأن التعاون ثابت في كل التأمينات الاجتماعية التي تكون آحادها متعاونة، ولكن يتعذر تصور التعاون بين المستأمنين الذين تعاقدوا مع شركة التأمين، ولكل واحد منهم التزام منفرد، وحقوق معينة منفردة، وإلا كان كل من يعقد عقداً مع شركة متعاوناً مع كل العاقدين معها، فمن عقد عقداً مع مصرف يكون متعاوناً مع كل العاقدين معه، وهذا لا يمكن التسليم به[1].

كما أن القول بأن عقد التأمين يقوم على التعاون يتعارض مع اعتباره عقد معاوضة يدور بين الربح والخسارة، فعلاقة الشركة بالمؤمَّن له علاقة تاجر بعميل وليست علاقة منظمة تعاونية[2].

ثانياً: القياس على عقد الموالاة:

ردَّ محمد أبو زهرة (ت١٣٩٤هـ) على هذا القياس بأنه لا جامعة قط تجمع عقد التأمين مع عقد الموالاة؛ لأن عقد الموالاة يجعل غير العربي في أسرة عربية ينتمي إليها ويكون كأحد أفرادها ويحمل اسمها ولقبها، وهذا لا يتوافر في المتعاقد مع شركة التأمين، إذ إنه لا يُعَدُّ واحداً منها وليس عضواً في جمعيتها العمومية ولا يتدخّل في ميزانيتها[3].

- الردّ:

لم يسلّم مصطفى الزرقا (ت١٤٢٠هـ) بالاعتراض أعلاه، وذلك لأن القياس ما بين عقد التأمين وعقد الموالاة إنما أُجري في نقطة واحدة هي الناحية الأساسية المشتركة بينهما، وهي بناء العقد على حادث

---

(١) محمد أبو زهرة «تعليق على موضوع عقد التأمين»، أسبوع الفقه الإسلامي ص:٥١٨.

(٢) محمد سعيد عبد المطلب، نظم التأمين ص:١٠٨.

(٣) محمد أبو زهرة، التعليق السابق ص:٥١٧.

مستقبل احتمالي غير محقق الوقوع[1].

ثالثاً: الضرورة وعموم البلوى:

إن الضرورة يجب أن تقدر بقدرها، وهي لا تكون إلا حيث تستغلق الأمور، ويتعيَّن المحرَّم سبيلاً للإنقاذ[2].

وإنه لا ضرورة تلجئ إلى عقد التأمين، ولا يعدو الأمر أن يكون مجرد حاجة، وتلك الحاجة إلى عقد من عقود الغرر لا تكفي لاعتبار الغرر غير مؤثر، وإنما يشترط أن تكون الحاجة عامة لا خاصة، وأن يكون ذلك العقد متعيناً لسد تلك الحاجة، بحيث لو أمكن سد الحاجة عن طريق عقد لا غرر فيه؛ فإنه لا يصح اللجوء إلى العقد المتضمن غرراً[3].

والظاهر أن الحاجة إلى التأمين حاجة عامة؛ إذ يحتاج كل إنسان إلى نظام يكفل له قدراً من الأمن والطمأنينة في صناعته وزراعته وتجارته، فالتأمين يسد تلك الحاجة، وإن في التأمين التعاوني الجائز شرعاً ما يكفل تلبية تلك الحاجات، وهو متفق مع دعوة الإسلام إلى التعاون وتفريج كرب المكروبين؛ ولذا فإن الحاجة إلى التأمين بقسط ثابت في صورته الحاضرة وإن كانت عامة، إلا أنها غير متعينة، وعلى هذا فإن قواعد الفقه الإسلامي تقضي بمنعه؛ لأنه عقد معاوضة فيه غرر كثير من غير حاجة، إذ من الممكن أن نحتفظ بعقد التأمين في جوهره ونستفيد بكل مزاياه مع التمسك بقواعد الفقه الإسلامي، وذلك بإبعاد الوسيط الذي يسعى إلى الربح، وجعل التأمين كله تأميناً تعاونياً، ويبدو أن خير وسيلة إلى ذلك هي أن تتولى الحكومات في البلاد الإسلامية أمر

---

(١) مصطفى أحمد الزرقا، نظام التأمين ص: ٩٢.

(٢) محمد أبو زهرة، التعليق السابق ص: ٥٢٤.

(٣) د. الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود ص: ٦٠٥ و٦٠٦.

التأمين بكافة أنواعه، فتجعل له منظمة خاصة تشرف عليه، على أن يكون المعنى التعاوني بارزاً فيه بروزاً واضحاً، وذلك بالنص صراحة في عقد التأمين على أن المبالغ التي يدفعها المشترك تكون تبرعا منه للشركة،يعان منها من يحتاج إلى المعونة من المشتركين حسب النظام المتفق عليه[1].

رابعاً: العقود المستحدثة:

صحيح أن التأمين من العقود المستحدثة، وإن على الفقهاء عدم الجمود في تخريج العقود الجديدة على مبادئ الشريعة، لكن بشرط ألا يكون في تلك العقود ما يصادم أحكام الإسلام المقررة. وإن هذا الشرط غير متحقق في عقد التأمين وفقاً لأدلة أصحاب القول الأول. كما أن العرف الشائع أو المصلحة المدعاة في التأمين، يجب أن ينضبط ذلك كله بأحكام الشريعة ولا يمكن قبول أي منها بإطلاق[2].

ـ الردّ:

إن كون عقد التأمين عقداً جديداً خارجاً عن نطاق العقود القديم ليس بمانع من جوازه شرعاً، إذا لم يكن فيه ما يخالف الشروط الشرعية العامة في نظام التعاقد وهذا محل اتفاق، إلا أنه من غير المسلّم به أن التأمين الجائز ـ لدى أصحاب القول الثاني ـ يتضمن شروطاً لا يقرّها الشرع[3].

خامساً: القياس على التأمين الاجتماعي:

إن هذا القياس بين التأمينين قياس مع الفارق؛ ذلك أنه ـ فعلاً ـ يتفق التأمينان في تحقيق الأمان الاقتصادي للمستفيد، وفي محل التأمين،

---

(١) د. الصديق محمد الأمين الضرير، المرجع السابق ص:٦٥٨.

(٢) ينظر: محمد أبو زهرة، «تعليق على موضوع عقد التأمين»، أسبوع الفقه الإسلامي ص:٥٢٢ ـ ٥٢٤.

(٣) ينظر: مصطفى أحمد الزرقا، نظام التأمين ص:٨٩ ـ ٩١.

ومردوده، والخطر فيهما. إلا أن التأمين الاجتماعي ينفرد بأنه يهدف إلى مكافحة الفقر وحماية المجتمع، والمحافظة على مستوى معين من العيش للمؤمَّن عليه وعائلته، ولا يهدف لتحقيق الأرباح المالية، ولا تتحدد الاشتراكات فيه اعتماداً على مبلغ التأمين ونسبة احتمال الخطر المتوقع ودرجته وقيمته، ويتم تحديد مردوده بالقانون مما يمكّن من زيادته عند ارتفاع مستوى المعيشة، وليس لإرادة المؤمَّن عليه أثر في تحديد المستفيد منه ولا في مقدار ما يستحقه[1].

سادساً: القياس على العاقلة:

ويناقش هذا القياس بأمور[2]:

١ ـ إن العاقلة تتحمل الدية لما بينها وبين القاتل من صلة القرابة التي تدعو للتعاون ولو دون مقابل، وعقود التأمين تجارية تقوم على المعاوضة الماليَّة المحضة لا إلى عاطفة الإحسان، فهذا قياس مع الفارق.

٢ ـ إن ما تتحمله العاقلة يختلف باختلاف الأحوال من غنى وفقر، أما أعضاء شركات التأمين فيتحملون على السواء، ولا يُنظر إلى ثروتهم الخاصة في تقدير ما يتحمله كل فرد.

سابعاً: التخريج على ضمان خطر الطريق:

ونوقش بوجود الفارق بين المسألتين من وجوه أهمها:

١ ـ إن الالتزام فيه هو من طرف واحد في حين أن الالتزام في عقد التأمين من الطرفين[3].

---

(١) ينظر: د. عبد اللطيف آل محمود، التأمين الاجتماعي ص:٣١٨ ـ ٣٢٩.

(٢) ينظر: محمد أبو زهرة، التعليق السابق ص:٥١٧.

(٣) د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة ص:١٢٩.

٢ ـ يعتبر الضمان من عقود التبرعات التي يراد بها المعروف، في حين نجد التأمين عقد معاوضة مالية فلا يصح القياس بينهما.

٣ ـ ثم إن مسألة ضمان خطر الطريق مبعثها تغرير الشخص للسالك وإخباره بأنه آمن لا لمجرد الضمان، أما شركات التأمين فهي تقرر الضمان مطلقاً[1].

٤ ـ كما أن للضامن أن يرجع على المضمون بما دفع عنه، وليس الحال كذلك في التأمين لكونه معاوضة لا ضماناً.

ثامناً: القياس على نظام التقاعد:

إن التقاعد ليس عوضاً عما اقتطع من الموظف شهرياً، وإلا لوجب توزيعه على سنن الميراث ولم يجز أن يحرم منه الموظف ولا ورثته بعده، وإنما التقاعد مكافأة التزم بها ولي الأمر باعتباره مسؤولاً عن رعيته وراع في احتسابها، ما قام به الموظف من خدمة ومصلحة أقرب الناس إليه ومظنّة الحاجة فيهم؛ فليس التقاعد معاوضة بين الدولة وموظفيها ولا يقوم على أساس التجارة وتحصيل الأرباح[2].

جـ ـ مناقشة أدلة القول الثالث:

سبقت مناقشة الاستناد إلى عقد الموالاة، ونظام العاقلة في القول بجواز التأمين، وكذا اعتبار هذا العقد جديداً مستحدثاً مبنيّاً على المصلحة والقسط المقدَّم فيه هو من قبيل التبرع.

أما الاستناد إلى القياس على المضاربة، وعلى الكفالة فيمكن مناقشته فيما يأتي:

---

(١) اللجنة الدائمة للإفتاء، «التأمين»، مجلة البحوث الإسلامية، السعودية، مرجع سابق ص: ٢٩٤.

(٢) محمد سعيد عبد المطلب، نظم التأمين ص: ٧١.

١ ـ القياس على المضاربة:

الظاهر أنه ليست هناك صورة من صور عقد التأمين يمكن قياسها على عقد المضاربة، حتى لو تجاوزنا عن كون الربح في المضاربة يشترط فيه أن يكون قدراً شائعاً بالنسبة، وذلك للأسباب الآتية[١]:

١ ـ المبلغ الذي يدفعه رب المال للعامل في المضاربة يظل ملكاً لصاحبه ولا يدخل في ملك العامل، وذلك بخلاف التأمين فإن القسط يدخل في ملك الشركة تتصرف فيه تصرف المالك في ملكه.

٢ ـ في حالة موت رب المال في عقد المضاربة يستحق ورثته المال الذي دفعه مع ربحه إن كان.

أما في عقد التأمين على الحياة فإن الورثة يستحقون عند موت المؤمَّن له المبلغ الذي اتفق عليه من الشركة بالغاً ما بلغ، فلو أن شخصاً أمن على حياته بمبلغ ألف دينار، ثم مات بعد أن دفع مبلغ مائة دينار فقط للشركة، فإن ورثته يستحقون الألف كاملة. فكيف يقاس هذا العقد على عقد المضاربة، ولا يصح أن يقال: إن الشركة تتبرع بالزائد على ما دفعه المؤمَّن له؛ لأن من خصائص عقد التأمين أنه عقد معاوضة، وهو عقد ملزم للطرفين، فالشركة ملزمة بدفع المبلغ المتفق عليه إذا وفى المؤمَّن له بالتزامه في دفع الأقساط.

٣ ـ في حال موت صاحب المال في عقد المضاربة يكون المبلغ الذي في يد المضارب (العامل) في ضمن تركة المتوفى يجري فيه ما يجري في سائر أموال التركة.

أما في عقد التأمين فإن المال المستحق لا يذهب للورثة مطلقاً، وذلك في حالة ما إذا عين المؤمَّن له مستفيداً ـ وهذا من حقّه ـ فإن

---

(١) د. الصديق محمد الأمين الضرير، «حكم التأمين في الشريعة الإسلامية»، أسبوع الفقه الإسلامي ص: ٤٥٥.

جميع المال يذهب لهذا المستفيد، ولو لم يكن للمتوفى مال غيره، ولا حق لورثه في الاعتراض.

وهذا فوق ما فيه من مخالفة لعقد المضاربة فإن فيه محافظة لقانون الميراث الذي يقضي بأن يذهب هذا المال للورثة، أو يتوقف الزائد على ثلث التركة على إجازتهم لو اعتبرنا المستفيد موصى له.

٢ ـ القياس على الكفالة:

إن قياس التأمين على عقد الكفالة لا يصح لكونه قياساً مع الفارق. ومن أهم أوجه الفرق بين العقدين(١):

١ ـ الكفالة من عقود التبرعات والتأمين من عقود المعاوضات.

٢ ـ عقد التأمين ملزم للطرفين المؤمِّن والمؤمَّن له فهو يلزم المؤمَّن له بدفع القسط ويلزم المؤمِّن بدفع العوض المالي أو المبلغ المؤمن عليه. أما عقد الكفالة فإنه لا يلزم المكفول له بشيء فالالتزام فيه من جانب الكفيل فقط، ولذا كان عقداً لازماً بالنسبة للكفيل وغير لازم بالنسبة للمكفول له.

٣ ـ عقد التأمين في كثير من صوره لا يوجد فيه ما يمكن أن يعتبر مكفولاً؛ ففي التأمين على الأشخاص يلتزم المؤمِّن بدفع المبلغ عند الوفاة أو حصول حادث جسماني سواء كان ذلك طبيعياً ودون تدخل البشر أو كان بفعل فاعل. وفي التأمين على الأشياء من السرقة والحريق وموت الحيوان يلتزم المؤمِّن بتعويض المؤمَّن له ما أصابه من ضرر، ولو كان وقوع الحادثة بما لا دخل للإنسان فيه، ففي مثل هذه الصور من التأمين لا يمكن أن يقاس التأمين على الكفالة لفقدان المكفول.

---

(١) د. الصديق محمد الأمين الضرير، «حكم التأمين في الشريعة الإسلامية»، أسبوع الفقه الإسلامي ص: ٤٥٧ ـ ٤٥٨.

٤ ـ ومن صور التأمين ما يكون فيه المؤمَّن له هو المكفول، ويكون المكفول له مجهولاً، وهذه هي حالة التأمين من المسؤولية كالتأمين من حوادث السيارات فإن الشركة تلتزم فيه بدفع ما يثبت على المؤمِّن من تعويض لمن أصابه ضرر منه يستحق التعويض بسببه. وهذه أيضاً كفالة غير صحيحة لجهالة المكفول له.

هـ ـ الترجيح:

من خلال عرض ما استند إليه كل طرف بشأن حكم التأمين التجاري، وبعد مناقشة الأدلة وبعض الردود على الاعتراضات المختلفة، يمكن أن نخرج ببعض النقاط تكون مؤشراً لحسن اختيار الرأي الأصوب في المسألة:

ـ إن أدلة المحرمين لعقد التأمين التجاري، منها ما لا وجه للاحتجاج به كآيات تحريم القمار وكذا أكل أموال الناس بالباطل، وحديث النهي عن بيع الكالئ بالكالئ، ومنها ما له وجه وجيه في المسألة كالنهي عن الربا والغرر، وكذا تضمن العقد للغبن وللشروط الفاسدة.

ـ إنَّ أدلة المجيزين لعقد التأمين التجاري جملة من الأقيسة لم تصمد أمام المناقشة لكونها إما أقيسة مع الفارق أو مع الفاسد، إضافة إلى أن الشروط والصفات الموجودة في عقود التأمين تبعدها عن هذه الأصول. كما استدلوا بأن الأصل في العقود والشروط الإباحة، وهذا الأصل صحيح لكنه مشروط بأن لا يكون في العقد مخالفة لنصوص الشرع، وهذا ما ينبغي الاعتماد عليه في التأصيل والتفريع.

ـ لم يزد أصحاب القول الثالث على أدلة المجيزين للتأمين التجاري أن احتجوا بأقيسة جديدة كالمضاربة والكفالة لاستثناء بعض أنواع التأمين من التحريم، وهي أقيسة لا تختلف كثيراً عن مثيلاتها بحيث لا تفيد المطلوب.

ـ إذا كانت هناك حاجة إلى بعض صور التأمين، وفي نظر البعض ضرورة؛ فإن هناك أنواعاً من التأمين لا وجه للحاجة أو الضرورة فيها؛ كالتأمين للزواج وللأولاد.

ـ إن أغلب شركات التأمين ليست ملكاً للدولة، ومن ثم فهي شركات تجارية ربحية تحرص كل الحرص على استغلال جميع الفرص المتاحة لمضاعفة أرباحها ولو على حساب ضعف الضعفاء وحاجة المحتاجين، ومن ثم لا وجه للقول بأنها تتسم بسمة التعاون والتآزر بل إنها أقرب إلى الاستغلال.

ـ إن في كثير من عقود التأمين شروطاً فاسدة ومعاملات مع بنوك ربوية، ومن ثم فشبهة الربا قائمة؛ مما يستدعي تنقية تلك العقود مما علق بها من الحرام.

وبناء عليه فإن الرأي الذي يظهر لنا أنه الأصوب في المسألة هو ما اعتمده جمهور الفقهاء من القول بتحريم عقد التأمين التجاري لكون أغلب أدلتهم أقوى استنباطاً وأتم دلالة.

ثم إن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد؛ ذلك أن عدداً من أنواع التأمين تلزم القوانين الوضعية بإبرامها، وليس بإمكان المرء أن يقدم فيها أو يؤخر.

ومن هنا وجب البحث في البدائل، ولعل أولاها بالاعتبار النظر في خيط الاتفاق بين جميع الآراء فيما يخص التأمين ومحاولة تثميره؛ ذلك أن فكرة التأمين لم يختلف بشأنها الفقهاء كفكرة ونظام، وإنما المشكلة في صياغة هذه العقود من قبل شركات التأمين التجارية حيث تتضمن مخالفات شرعية.

وعليه فما دامت الفكرة مقبولة، بل إنها مطلوبة، إذ هي من باب التعاون والتكافل الإسلامي، وما دام الأصل في العقود والشروط

الإباحة، فإن البحث يتوجه لتلافي تلك المخالفات في صياغة العقود وتطبيقاتها، وليس بالضرورة موافقتها لأحد العقود السائدة في الفقه الإسلامي.

هذا، ومن وسائل التعاون التي أفتت المجامع الفقهية المعاصرة بجوازها ما يسمى بالتأمين التعاوني، والمراد به في ضوء القرارت المشار إليها: قيام جماعة يتفق أفرادها على تعويض الأضرار التي قد تنزل بأحدهم نتيجة خطر معين وذلك من مجموع الاشتراكات التي يتعهد كل فرد منهم بدفعها.

ومن ثم فالعقد تبرع يقصد به التعاون، ولا يستهدف تجارة ولا ربحاً، كما أنه يخلو من الربا، ولا يضر جهل المساهمين فيه بما يعود إليهم من النفع لأنهم متبرعون، فلا مخاطرة ولا غرر ولا مقامرة.

وأبسط تصوير لهذا التأمين هو أن تكوّن أسرةٌ أو جماعةٌ صندوقاً ويدفعوا مبالغ يُؤَدَى من مجموعها تعويض لأي فرد منهم يقع عليه الخطر، فإن لم تف المبالغ التي دفعوها سَدَّدوا الفرق المطلوب، وإن زاد شيء بعد التعويضات أُعيد إليهم أو جُعل رصيداً للمستقبل، ويمكن أن يوسَّع هذا التصور المبسط ليطور هذا الصندوق ليكون هيئة أو مؤسسة يتفرغ لها بعض العاملين لتحصيل المبالغ وحفظها وصرف التعويضات ويكون لها مجلس إدارة يقرر خطط العمل، وكل ذلك بمقابل أجر معين أو تبرعاً منهم، بشرط أن يكون مبناه التبرع ولا يقصد منه تحصيل الأرباح وغاية جميع أطرافه التعاون[1].

ولقد جاء ضمن توصيات ندوة التشريع الإسلامي المنعقدة بطرابلس ليبيا عام ١٣٩٢هـ ـ ١٩٧٢م، ما يلي:

«١ ـ أن يُعْمَل على إحلال التأمين التعاوني محل التأمين التجاري

---

(١) د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة ص:١٤٨.

الذي تقوم به شركات التأمين المساهمة الخاصة بينها وبين شخص طبيعي أو معنوي.

٢ ـ التأمين على الحوادث وما شابهه يُرَخَّص فيه مؤقتاً للحاجة حتى يوجد بديل شرعي منه.

٣ ـ التأمين على الحياة بصورته القائمة محرم لاشتماله على الربا.

٤ ـ يجب تعميم الضمان الاجتماعي حتى تطمئن كل أسرة إلى مورد رزقها عند وفاة عائلها، أو عجزه، أو غير ذلك من أسباب انقطاع الرزق لسد حاجة المحتاجين»[١].

كما أن المؤتمر الأول للاقتصاد الإسلامي، المنعقد بمكة المكرمة عام ١٣٩٦هـ ـ ١٩٧٦م، وإن لم يقرِّر صراحة تحريم التأمين التجاري، إلا أنه يميل إلى ذلك حيث جاء في توصياته ما يلي: «يرى المؤتمر أن التأمين التجاري، الذي تمارسه شركات التأمين التجاري في هذا العصر، لا يحقق الصيغة الشرعية للتعاون والتضامن؛ لأنه لم تتوفر فيه الشروط الشرعية التي تقتضي حله، ويقترح المؤتمر صيغة للتأمين خالية من الربا، يحقق التعاون المنشود بالطريقة الشرعية بدلاً من التأمين التجاري»[٢].

وفي عام ١٣٩٧هـ ـ ١٩٧٧م قررت هيئة كبار العلماء بالرياض بالمملكة العربية السعودية تحريم التأمين التجاري بكل أنواعه سواء منه ما كان على النفس، أو البضائع التجارية أو غير ذلك بالإجماع[٣].

كما قرّر المجمع الفقهي بمكة المكرمة في دورته الأولى بتاريخ ١٠

---

(١) د. عبد اللطيف آل محمود، التأمين الاجتماعي ص:٣١٣ ـ ٣١٤؛ ود. علي القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة ص: ٢٨٠.

(٢) د. عبد اللطيف آل محمود، المرجع نفسه ص:٣١٤.

(٣) د. عبد اللطيف آل محمود، المرجع نفسه ص:٣١٥؛ ود. محمد عثمان شبير، المرجع السابق ص:١٣١؛ ود. علي القره داغي، المرجع السابق ص:٣١٩.

شعبان ١٣٩٨هـ ـ ١٩٧٨م، بالأكثرية تحريم التأمين التجاري بجميع أنواعه، وأوصى بما يلي: «. . . كما قرّر بالإجماع الموافقة على قرار مجلس هيئة كبار العلماء من جواز التأمين التعاوني بدلاً من التأمين التجاري المحرم والمنوه عنه آنفاً. . .»، واقترح المجلس أن يكون التأمين التعاوني على شكل شركة تأمينية تعاونية مختلطة، وأورد جملة من الأسس يرى ضرورة مراعاتها في التأمين التعاوني[(١)].

كما نظر مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاده الثانية بجدة بتاريخ ١٠ ـ ١٦ ربيع الثاني ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٥م، وقرّر تحريم التأمين التجاري، وأورد في قراره: «إن العقد البديل الذي يحترم أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع والتعاون. . .»[(٢)].

هذا، وإن للتأمين التعاوني جملة من الضوابط يجب مراعاتها وهي[(٣)]:

١ ـ أن يكون التعاون غاية جميع أطراف العقد، سواء عن طريق التبرع أو القرض الحسن، ولا يتوجه الغرض نحو تحصيل الأرباح، وأن ينص على ذلك في النظام الأساسي.

---

(١) قرارات الدورة الأولى، القرار الخامس، المؤرخ في١٧ شعبان ١٣٩٨هـ. (ينظر: رابطة العالم الإسلامي، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات: من الأولى إلى السابعة عشرة، القرارات من الأول إلى الثاني بعد المائة، ١٣٩٨ ـ ١٤٢٤هـ/ ١٩٧٧ ـ ٢٠٠٤م، ط:٢، ص:٣٣ وما بعدها).

(٢) القرار رقم: ٩ (٩/ ٢) المؤرخ في ١٦ ربيع الآخر١٤٠٦هـ الموافق لـ ٢٨ ديسمبر ١٩٨٥م. (ينظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي للدورات ١ ـ ١٠، مرجع سابق ص:٢٠).

(٣) د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق ص:١٤٨ ـ ١٤٩؛ وينظر: د. علي القره داغي، المرجع السابق ص:٣١٥ ـ ٣٢٤.

٢ ـ مراعاة أحكام الشريعة في النظام الأساسي وفي أعمال الصندوق، من خلال هيئة رقابة شرعية.

٣ ـ الاستعانة بالوسائل الفنية من الحسابات والإحصائيات لتحديد الاشتراكات أو الأقساط ومبالغ التعويض.

٤ ـ أن يسهم جميع المشتركين والمؤسسين في إدارة الصندوق، وذلك عن طريق تمثيلهم في مجلس الإدارة.

٥ ـ لا مانع من دفع أجرة المثل لمن يتولى إدارة الصندوق، أو مسك حساباته، أو القيام على استثمار بعض أمواله.

٦ ـ يجوز استثمار أموال الصندوق بطرق مشروعة، وتضم الأرباح إلى جميع الأموال.

٧ ـ يجوز قبول الهبات والتبرعات غير المشروطة لدعم التعاون على ترميم المخاطر.

٨ ـ عدم جواز التعامل مع شركات إعادة التأمين وفقاً لعقود التأمين التجاري.

٩ ـ في حالة انعدام وقوع حوادث، وانتهاء مدة الاتفاق يتم إعادة الاشتراكات أو الأقساط، وما نتج عنها من أرباح إلى الأعضاء. ويجوز الاتفاق على التبرع بها لجهة خيرية.

١٠ ـ يتحمل العجز في الصندوق جميع الأعضاء المشتركين بنسبة أموالهم، ويمكن معالجة ذلك بتكوين احتياطي من فائض الاشتراكات.

أما في الميدان التطبيقي، فقد بادرت هيئة الرقابة الشرعية في بنك فيصل الإسلامي السوداني عام ١٩٧٧م، وطرحت مشروع إنشاء شركة تأمين إسلامية لتأمين ممتلكات البنك بطريقة مشروعة. على أن تؤدي تلك الشركة جميع الخدمات التي تؤديها شركات التأمين التجاري، مع تجنب المحظورات الشرعية التي توجد في التأمين التجاري. وقدمت الهيئة

جملة من الأسس الضامنة للتعامل الشرعي لشركة التأمين[1].

كما قدَّم د. يوسف قاسم نموذجاً لشركة تأمين إسلامية يقوم على مرحلتين:

الأولى: صندوق التأمين بين المؤسسات الإسلامية والذي يتمول من خلال تبرعات المؤسسات الإسلامية بقدر استطاعتها، وليكن نسبة ضئيلة من أرباحها السنوية، كما يقترح أن يشرف على الصندوق الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ليقوم بتنمية أموال هذا الصندوق واستثمارها إلى أن يفتح الله ﷻ بما يكفي لتكوين رأس مال معقول فنصل بذلك إلى:

المرحلة الثانية: وهي: إنشاء شركة التأمين الإسلامي[2].

وفي الميدان التطبيقي ـ أيضاً ـ تمّ عام ١٩٩٦م تأسيس شركة التأمين الإسلامية ـ الأردن، ونصَّ نظامها الأساسي على أنها تهدف إلى: «ممارسة جميع أعمال التأمين وجميع الأعمال الاستثمارية بوسائل خالية من الربا ومن أي محظور شرعي وبما يطابق أحكام الشريعة الغراء، وتشمل هذه الغايات:

١ ـ مزاولة أعمال التأمين وإعادة التأمين بأجر معلوم.

٢ ـ أن تستثمر أموال المؤسسين وفق أحكام الشريعة الإسلامية.

٣ ـ أن تستثمر أموال المستأمنين بنسبة من الأرباح؛ كشريك مضارب»[3].

---

(١) ينظر لمزيد من التفصيل: د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق ص:١٣٣ وما بعدها.

(٢) ينظر لمزيد من التفصيل: د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق ص:١٤٤ وما بعدها.

(٣) ينظر لمزيد من التفصيل: المرجع نفسه ص:١٥٠ وما بعدها؛ ود. أحمد سالم ملحم، التأمين الإسلامي ص:١٨٣ وما بعدها.
هذا، وقد بلغ عدد شركات التأمين الإسلامية أكثر من سبع عشرة شركة أهمها: شركة التأمين الإسلامية في السودان، وشركة التكافل للتأمين الإسلامي في =

دور التأمين في حماية الديون

إن المفهوم الماثل في أذهان الباحثين المختصين بعقد التأمين أنه نظام تعاوني تضامني، يؤدي إلى توزيع أضرار المخاطر والأضرار التي تصيب فرداً معيناً على مجموع المستأمنين عن طريق التعويض الذي يتم دفعه للمصاب من المال المحصل من مجموع أقساطهم بدلاً من أن يتحمل هذا الضرر الشخص المصاب وحده.

كما لا تنفك عن التأمين صبغته الأخلاقية، إذ هو قائم أساساً على الأخلاق الحميدة؛ لأن الشخص الذي يؤمِّن على حياته لصالح أسرته إنما ـ في واقع الأمر ـ يؤثر غيره على نفسه، برغم ما في عملية التأمين من صفة احتمالية تجعله في ظاهر الأمر أقرب إلى المراهنة والقمار وما لا يتفق مع الأخلاق.

ثم إن للتأمين أغراضاً متعددة يحققها، ووظائف كثيرة ينهض بها؛ فالقصد الأول من التأمين والغاية القريبة التي ينشدها المؤمن له من ورائه هو أنه يحقق له الحصول على مبلغ من المال في حالة وقوع الخطر المؤمن منه، إلا أن وراء هذه الغاية القريبة المباشرة للتأمين غايات أخرى يحققها ووظائف يقوم بها ويمكن إجمالها فيما يأتي:

= البحرين، وشركة البركة للتأمين في السودان، والشركة الإسلامية العربية للتأمين في الإمارات، وشركة البحرين الإسلامية للتأمين في البحرين، وشركة التأمين الإسلامية المحدودة في السودان، وشركة أ.تي.س. لوكسمبورغ، والشركة الإسلامية العالمية للتأمين في جدة، وشركة الراجحي للتأمين التعاوني في الرياض، والشركة الإسلامية القطرية للتأمين بقطر... (ينظر: د. علي محي الدين القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة ص:٢٦٣ ـ الهامش).

١ ـ التأمين عامل من عوامل الأمان.
٢ ـ وهو وسيلة من وسائل الائتمان.
٣ ـ ثم إنه وسيلة من وسائل تكوين رؤوس الأموال.

ولتوضيح هذه الوظائف نفصلها فيما يلي[١]:

الوظيفة الأولى: التأمين عامل من عوامل الأمان:

إن التأمين يبعث في نفوس الأفراد الطمأنينة والأمان؛ لأنه يمثل إجراءً احتياطياً لما يمكن أن تسفر عنه أيام المستقبل من أحداث ومفاجآت، فهو يؤمن الشخص ويخفف عنه من الخسائر التي قد تلحقه في ماله أو تصيبه في نفسه أو في أنفس من يهمه أمرهم.

وإن الأمان الذي تهدف عقود التأمين إلى تحقيقه يمكن ملاحظته في نوعي التأمين: التأمين من الأضرار، والتأمين على الأشخاص.

الوظيفة الثانية: التأمين وسيلة من وسائل الائتمان:

ووجه اعتبار التأمين وسيلة من وسائل الائتمان، يظهر من خلال ما يقدمه للفرد من مساعدات لكي يظفر بما يحتاج إليه من ائتمان باستعمال عدة وسائل، ذلك أن الوسيلة التي يعتمد عليها أغلب الأفراد في الحصول على ما يحتاجون إليه من قروض هي تقديم مال من أموالهم إما عقاراً، أو منقولاً ضماناً للقرض، وما دام هذا المال موجوداً لم يتلف أو يهلك يظل الضمان قائماً ومتحققاً، ولكن هذا المال قد يفقد، أو يحرق، أو يسرق، فيضيع ما كان يعول عليه الدائن من ضمان، فتفادياً لهذا الاحتمال وتمكيناً للدائن من الحصول على حقه جرت العادة على أن يلزم المقرض المقترض بأن يؤمِّن على الشيء المرهون ضد السرقة أو

---

(١) ينظر: د. عيسى عبده، التأمين بين الحل والتحريم ص: ٢٤ ـ ٢٥؛ وعبد السميع المصري، التأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق ص: ١٢ ـ ١٣.

ضد الحريق، حتى إذا وقع شيء من ذلك حل التأمين محل الشيء المرهون.

كما أنه إذا لم يكن لدى الراغب في الائتمان مال يقدمه ضماناً للدائن، وكان يعتمد في سداده للدين على ثمرة عمله، فإنه يستطيع الحصول على التأمين الذي ينشده إذا هو أمن لصالح الدائن بحيث يؤول مبلغ التأمين في حالة وفاة المدين إلى دائنه.

الوظيفة الثالثة: تكوين رؤوس الأموال:

وإن للتأمين وظيفة مهمة يؤديها تتمثل في تكوين رؤوس أموال من خلال جمع الأقساط التي يدفعها المستأمنون، وهذه المبالغ الكبيرة ينبغي توظيفها في الأوجه المختلفة للنشاط الاقتصادي، ذلك أن هذه الأموال تفيد المستأمنين من خلال أرباحها، وتمثل احتياطاً وقائياً يُلجأ إليه في حالات تسجيل عجز في تعويض المستأمنين المتضررين، كما تؤدي تلك الأموال المستثمرة دوراً بارزاً في دفع عجلة اقتصاد البلد من خلال توظيفها في مختلف المشاريع وتسريع حركة تداول المال في المجتمع.

وعلى هذا فإن التأمين المتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية وهو التأمين التعاوني سواء أكان وفق صورته البسيطة المحدودة الأثر أو كان وفق صورته التنظيمية المعاصرة ضمن شركات ومؤسسات تتولى الإشراف عليه؛ فإنه يحقق قدراً معتبراً من الأمان لدى كل من الدائن والمدين، ومن ثم يرفع هذا التأمين الحرج ويزيل المانع من طريق المتعاملين بالقروض الحسنة، أو البيوع الآجلة خاصة رجال المال والأعمال، حيث يكثر تعاملهم بالديون وبرؤوس أموال كبيرة يومياً، ويتعرضون لمخاطر الإعسار في كل حين.

إن رجال الأعمال كثيراً ما يواجهون فجوات تمويلية بسبب نقص السيولة وعدم القدرة على سداد الالتزامات الحالة في مواعيدها، سواء

أكانت في شكل قروض، أو أوراق تجارية، أو شيكات، أو حقوق عاملين، أو نحو ذلك؛ وإن هذا الوضع ينجم عنه مخاطر عدة أهمها(١):

ـ الإساءة إلى سمعة المستثمر عن طريق إشاعة عدم قدرته على سداد التزاماته، ومن ثم يتحفظ الناس والبنوك من التعامل معه.

ـ اللجوء إلى الشراء بالآجل بسعر مرتفع، مما يرفع من التكاليف، وقد يؤدي إلى سلسلة من المضاعفات تنتهي إما بخفض المبيعات أو الأرباح.

ـ الاقتراض أو الجدولة بزيادة ربوية، وهذا ـ علاوة على ما فيه من ربا محرَّم شرعاً ـ يلقي بدوره بأعباء تزيد من التكاليف، وربما تخفض من المبيعات والأرباح وتعوق التطور والنمو.

ـ حدوث خلل في الهيكل التمويلي، مما يضعف من المركز المالي للمستثمر من ناحية، كما يعوق تمويل التطور والنمو من ناحية أخرى.

وتتفاعل هذه المخاطر مع بعضها البعض، وينتهي الأمر إلى الإفلاس والتصفية والخروج من حلبة الحياة الاقتصادية، وهذا الواقع نشاهده كثيراً، ويحتاج إلى علاج، ولعل أفضل إجراء علاجي يمكن تسجيله ـ إلى جانب التزام المستثمر بأحكام الشريعة في معاملاته ـ هو التأمين التعاوني.

يقول د. حسين حسين شحاتة: «ولقد تبين من الدراسات الميدانية أن علاج الإعسار عن طريق الجدولة والمزيد من القروض بفوائد يقود إلى الإفلاس والتصفية، ولقد بدأت بعض شركات التأمين في التأمين من مخاطر الديون، ولكن لم يطبق بعد بطريقة رشيدة»(٢).

---

(١) د. حسين حسين شحاتة، تأمين مخاطر رجال الأعمال (ط:١؛ مصر: دار الكلمة بالمنصورة، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م) ص:٧٦.

(٢) د. حسين حسين شحاتة، المرجع السابق ص:٧٧.

وإذا كان التأمين بهذا القدر من الأهمية فالذي يطرح في مثل هذا الموقف هو مدى إمكانية الإلزام بالتأمين.

إن من جملة ما طرح من أفكار في موضوع التأمين ما رآه د. محمد البهي[(١)] حيث قرّر حِلَّ التأمين بجميع أنواعه ـ وقد بيَّنا فيما سبق أنه قول مرجوح ـ ورأى أنه يجب على الدولة الإلزام به لما فيه المصلحة.

أمَّا د. محمد شوقي الفنجري فإنه بعد أن فصل في الأمر بمعارضته للتأمين التجاري والقول بعدم شرعيته، وأن التأمين التعاوني هو بديله المثالي قال: «ونرى لضمان نجاح التأمين التعاوني، في مثل ظروف المجتمعات العربيَّة والتي تعاني من عدم كفاية الوعي التأميني مع ترامي مساحاتها الشاسعة وارتفاع إمكانياتها الماليَّة؛ أن يكون التأمين إلزامياً في الأصل واختيارياً في الحالات التي يقررها. وهو يكون إلزامياً بالنسبة للفئات التي يكثر لديها وقوع الخطر؛ كأصحاب السيارات، وأصحاب المصانع، وبالنسبة للحالات المؤكد وقوعها؛ كالمرض، والشيخوخة والوفاة..»[(٢)].

وإن هذا الرأي يحتاج إلى المناقشة من وجهين هما:

الوجه الأول:

إن عقد التأمين عقد رضائي، والعقود في الشريعة الإسلامية أساسها التراضي بين طرفي العقد[(٣)]، فقد قال تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ

---

(١) د. محمد البهي، نظام التأمين ص:٥٥.

(٢) د. محمد شوقي الفنجري، الإسلام والتأمين (لا.ط؛ القاهرة، عالم الكتب، د.ت) ص:٩٢.

(٣) ينظر: د. أحمد الحجي الكردي، بحوث وفتاوى فقهية معاصرة ص:٢٤٩.

﴿مِّنكُمْۚ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٢٩﴾﴾ [النساء: ٢٩].

وروى ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ خطب الناس في حجة الوداع فقال: «**وَلَا يَحِلُّ لامْرِئٍ مِنْ مَالِ أَخِيهِ إِلَّا مَا أَعْطَاهُ مِنْ طِيبِ نَفْسٍ**»[(١)].

وقد اتفق جمهور الفقهاء على أن حل الأموال منوط بالرضا، وأن من أُكره على التعاقد ولم يتوفر ركن الرضا فيه فإن العقد يقع باطلاً ولا تترتب عليه آثاره[(٢)].

وإن فيصل التفرقة بين التأمين التجاري المنهي عنه ـ كما سبق بيانه ـ والتأمين التعاوني المحبّذ والمرغب فيه هو قيام هذا الأخير على عنصر التبرع، ولا يُتَصَوَّر تبرع من مُكْرَه!.

ولئن تبادر إلى الأذهان أنه قد يصح تخريج الإلزام المذكور على نزع ملكية العقارات للصالح العام، وكذا التسعير أو إلزام المحتكر على البيع بسعر المثل، أو إلزام أرباب المهن على العمل بأجرة المثل إذا امتنعوا عن العمل إلا بأُجور فاحشة، والناس بحاجة إلى منافعهم. إلا أن الذي يحول دون صحة هذا التخريج إثبات الحاجة إلى هذا النوع من التعاقد التأميني في إطار الضرورة العامة، التي يصح أن تكون سبباً لإلغاء أساس العقود، وهو الرضا من طرفيه، ثم إثبات أن هذا العقد يعدّ فعلاً سبباً لرفع هذه الضرورة.

ثم إن صح هذا في التأمين الاجتماعي الذي تشرف عليه الدولة،

---

(١) أخرجه: الحاكم، المستدرك (١/ ١٧١)؛ والبيهقي، السنن الكبرى (٦/ ٩٦)؛ والدارقطني، سنن الدارقطني (٣/ ٢٦)، والحديث حسن الإسناد. وينظر: ابن الملقن، خلاصة البدر المنير (٢/ ٨٣)؛ والهيثمي، مجمع الزوائد (٤/ ١٧١).

(٢) ينظر: د. علي محيي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود (١/ ٤٤١ وما بعدها) و(٢/ ١٠٠١ وما بعدها).

وتسهم فيه بالقسط الأوفر بعيداً عن الاستغلال وطلب الرِّبح، وحرصاً على ضمان قدر من الأمان للعمال والموظفين وأسرهم؛ فإنه لا يتأكد ذلك في التأمين التجاري وقد تقدم بيان حكمه كما لا يصح في التعاوني القائم على التبرع والمسامحة.

الوجه الثاني:

إن التأمين عموماً من المسائل المختلف فيها بين الفقهاء، وقد سبق عرض مختلف أوجه النظر الفقهي بشأنه، وحتى التأمين التعاوني المتفق على حكمه من حيث الأسس والشروط نجد صوراً من الاختلاف في مدى الاعتداد به من حيث تطبيقاته العملية ومدى التزامها بتلك الأسس والشروط. وعلى هذا لا وجه للإلزام بأمر هو محل خلاف بين أهل العلم.

ولقد سُئل ابن تيمية (ت٧٢٨هـ) عمّن ولي أمراً من أمور المسلمين ومذهبه لا يجوز شركة الأبدان فهل يجوز له منع الناس؟ فأجاب: «ليس له منع الناس من مثل ذلك، ولا من نظائره مما يسوغ فيه الاجتهاد، وليس معه بالمنع نَصٌّ من كتاب، ولا سُنَّة، ولا إجماع، ولا ما هو في معنى ذلك؛ لا سيما وأكثر العلماء على جواز مثل ذلك وهو مما يعمل به عامَّة المسلمين في عامَّة الأمصار.

وهذا كما أن الحاكم ليس له أن ينقض حكم غيره في مثل هذه المسائل، ولا للعالم والمفتي أن يلزم الناس باتباعه في مثل هذه المسائل؛ ولهذا لما استشار الرشيد مالكاً أن يحمل الناس على مُوَطَّئه في مثل هذه المسائل مَنَعَهُ من ذلك، وقال: إن أصحاب رسول الله ﷺ تفرَّقوا في الأمصار، وقد أخذ كل قوم من العلم ما بلغهم... ولهذا كان بعض العلماء يقول: إجماعهم حجَّةٌ قاطعة واختلافهم رحمة واسعة، وكان عمر بن عبد العزيز يقول: ما يسرّني أن أصحاب رسول الله ﷺ لم يختلفوا؛ لأنهم إذا اجتمعوا على قول فخالفهم رجل كان ضالاً، وإذا

اختلفوا فأخذ رجل بقول هذا، ورجل بقول هذا كان في الأمر سعة، وكذلك قال غير مالك من الأئمة: ليس للفقيه أن يحمل الناس على مذهبه.

ولهذا قال العلماء المصنفون في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من أصحاب الشافعي وغيره: إن مثل هذه المسائل الاجتهاديّة لا تنكر باليد، وليس لأحد أن يلزم الناس باتباعه فيها؛ ولكن يتكلم فيها بالحُجَج العِلميَّة فمن تبيَّن له صحَّة أحد القولين تَبعه ومن قَلَّد أهل القول الآخر فلا إنكار عليه، ونظائر هذه المسائل كثيرة»[1].

ولئن قيل بأن هذا الأمر يدخل ضمن إطار حكم الحاكم في مسائل الخلاف الذي يرفع الخلاف؛ فإن ذلك في الأمور المعينة والمسائل الخاصّة بموطنها في الفصل في النزاعات والخصومات، وليس في الأحكام العامة.

قال ابن تيمية (ت٧٢٨هـ): «الأمور المشتركة بين الأمة لا يُحكم فيها إلا الكتاب والسُّنَّة، ليس لأحدٍ أن يلزم الناس بقول عالم، ولا أمير، ولا شيخ... وحكام المسلمين يحكمون في الأمور المعينة لا يحكمون في الأمور الكليّة»[2].

وبناء على ما سبق فإنه يظهر لي ـ والله أعلم ـ عدم وجاهة القول بالإلزام بالتأمين، إلا ما ألزمت به الدولة في إطار المصلحة العامة

---

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (٣٠/ ٧٩ ـ ٨٠) وينظر: (٣٥/ ٣٨٧ ـ ٣٨٨)، وينظر لمزيد من التفصيل في مسألة الإنكار في المسائل الخلافية، ويقابلها الإلزام بتلك المسائل: د. محمد أبو الفتح البيانوني، دراسات في الاختلافات العلمية (ط:١؛ القاهرة: دار السلام، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م) ص:٧٩ وما بعدها.

(٢) بواسطة: عبد الرحمٰن السعدى، طريق الوصول ص:٢٠٩، (بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل. ط:١؛ الرياض: مكتبة الرشد، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٦م، ١/ ١٠).

كالتأمين الاجتماعي، مع تحقق خلو العقود الملزم بها من الاستغلال.

هذا، ولكي يؤدي التأمين التعاوني دوره الإيجابي في حماية الديون من التعثر فإني أقترح الآتي:

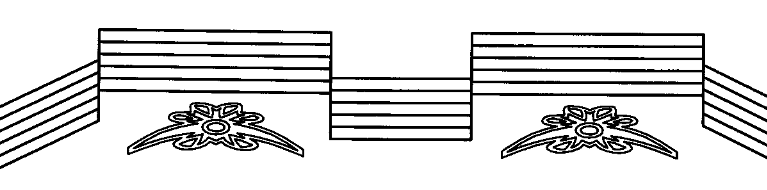
١ ـ تشجيع مختلف صور التأمين التعاوني المنضبط بأحكام الشريعة في إطار: الأسرة، العائلة الكبيرة (العرش)، الحي، مؤسسة العمل من خلال الجمعيات التعاونية، الشركات المحلية، والشركات الوطنية.

٢ ـ تكثيف التوعية الإعلامية من خلال إبراز محاسن التأمين الإسلامي والترغيب في تشجيعه ودعمه؛ ذلك أنه إذا تيقّن المؤمَّن لهم بأن التأمين تعاون مع الغير وليس اقتناصاً لأموال الغير فإن ذلك يبعث خلق التعاون في النفوس ويحي الفضائل المبنية على التعاون.

٣ ـ الدعوة إلى تطهير النشاط التأميني من شوائب الاستغلال التي تجنح إليها شركات التأمين عادة بحكم الرغبة في الحصول على أكبر قدر من الأرباح؛ ذلك أن الاستغلال والتعاون نقيضان لا يجتمعان، فضلاً عن أن الاستغلال من الرذائل التي يمقتها الإسلام.

٤ ـ اقتراح جعل التأمين أقرب ما يكون إلى مرفق عام من المرافق التي تقوم عليها الدولة، وهو إذ يكتسب هذه الصفة فإنه يكتسب طابع النفع العام، واستهداف المصلحة العامة أكثر مما يهدف إلى الربح.





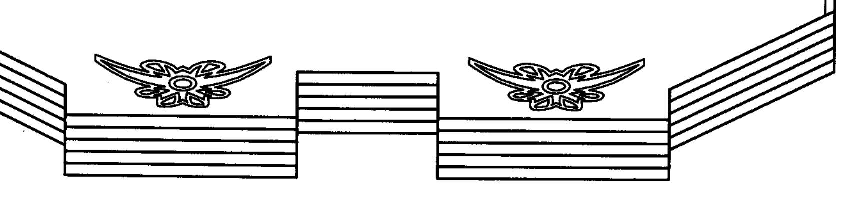
الفصل الثالث

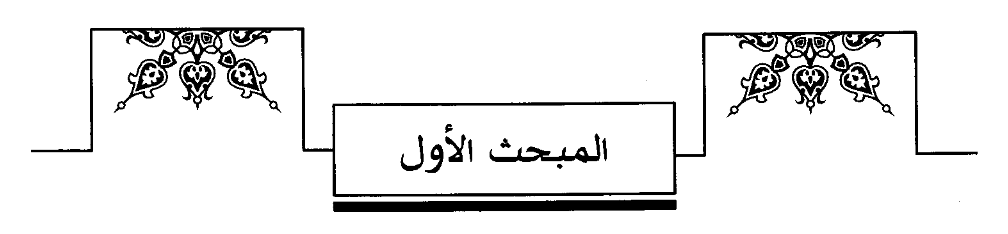
حماية الديون من مماطلة المدين

وسوف نتناول في هذا الفصل المبحثين التاليين:

المبحث الأول: الشرط الجزائي ودوره في حماية الديون.

المبحث الثاني: شرط حلول الأقساط أو التصدق ودوره في حماية الديون.





الشرط الجزائي ودوره في حماية الديون

وفيه ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول: حقيقة الشرط الجزائي وبيان خصائصه.

المطلب الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي وبيان أنواعه وحكمه الشرعي.

المطلب الثالث: دور الشرط الجزائي في حماية الديون وموقف الفقهاء منه.

○ ○ ○ ○ ○

المطلب الأول

حقيقة الشرط الجزائي وبيان خصائصه

وسوف نبين مضمون هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين:

* الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي

إن تعريف الشرط الجزائي يتطلب تعريف الشرط أولاً، ثم تعريف الجزاء؛ لنخلص بعدها إلى المقصود من الشرط الجزائي.

أولاً: تعريف الشرط:

أ ـ تعريف الشرط في اللغة:

الشَّرَط (بفتح الراء) العَلَامَةُ وجَمْعُهَ أشرَاطٌ مثل سبب وأسباب، ومنه

أشراط الساعة؛ أي: علامات قرب حدوثها[1]، كما في قوله تعالى: ﴿فَهَلْ يَنظُرُونَ إِلَّا ٱلسَّاعَةَ أَن تَأْتِيَهُم بَغْتَةً فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَا...﴾ [محمد: ١٨].

والشَّرْط (بسكون الراء) جمعه شروط وهو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه[2]، أو ما يوضع ليلتزم في بيع، أو نحوه[3].

ب ـ تعريف الشرط في الاصطلاح الفقهي:

تعددت صيغ تعريف الشرط عند الفقهاء، وأهمها:

ـ تعريف القرافي (ت٦٨٤هـ): «الشروط يلزم من عدمها العدم في المشروط ولا يلزم من وجودها وجود ولا عدم»[4].

ـ تعريف التفتازاني[5]: الشرط هو «الأمر الخارج عن ماهية الشيء الموقوف عليه الشيء غير المؤثر في وجوده»[6].

---

(١) ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة (٣/ ٢٦٠)؛ والفيومي، المصباح المنير (١/ ٣٠٩)؛ والرازي، مختار الصحاح ص:٢١٨؛ والفيروزآبادي، القاموس المحيط ص:٦٠٥؛ ود. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط (١/ ٥٠٤) كلهم في مادة: «ش ر ط».

(٢) ابن منظور، لسان العرب (٤/ ٢٢٣٥)؛ والفيروزآبادي، القاموس المحيط ص:٦٠٥ مادة: «ش ر ط».

(٣) د. إبراهيم أنيس وآخرون، المرجع السابق(١/ ٥٠٤).

(٤) القرافي، الفروق (١/ ٦٢).

(٥) هو مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني، سعد الدين، من أعلام الفقه والأصول والمنطق، ولد بتفتازان إحدى قرى نواحي نسا عام ٧١٢هـ، وتوفي بسمرقند سنة ٧٩١هـ، من آثاره: شرح تلخيص المفتاح، حاشية على الكشاف، حقائق التنقيح، والتلويح على التوضيح. (ابن العماد، شذرات الذهب ٦/ ٣١٩).

(٦) مسعود بن عمر التفتازاني ت٧٩١هـ، التلويح على التوضيح (ط:١؛ مصر: المطبعة الخيرية، ١٣٢٢هـ تصوير: دار الكتب العلمية ببيروت، د.ت، ١/ ١٤٥).

- تعريف الشريف الجرجاني[1]: «الشرط: ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون خارجاً عن ماهيته، ولا يكون مؤثراً في وجوده»[2].

والملاحظ أن التعريف الأول أورد قيدين احترز بالأول عن المانع، وبالثاني عن السبب، في حين ركز التعريفان الثاني والثالث على صفة كون الشرط خارجاً عن حقيقة المشروط وماهيته.

وعلى هذا يمكن تعريف الشرط بأنه: ما يتوقف وجود الحكم على وجوده وجوداً شرعياً، بأن يوجد الشرط ويكون خارجاً عن حقيقة المشروط، ويلزم من عدمه عدم المشروط. مثال ذلك: الوضوء في الصلاة فهو شرط لصحتها، بحيث إذا انتفى ولم يوجد تنتفي الصلاة، كما أنه خارج عن ماهيتها لكونه ليس جزءاً من أعمالها، ومع هذا فإنه لا يلزم من وجود الوضوء وجود الصلاة؛ فقد يتوضأ المسلم وليس بالضرورة أن يصلي؛ كأن يتوضأ لقراءة القرآن مثلاً[3].

هذا، وإن الشرط المذكور أعلاه هو ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالشرط الشرعي نظراً للمصدر الذي استُقيَ منه، وتمييزاً له عن الشرط الجَعْلي الذي يستندُ إلى إرادة الشخص، بأن يجعل عقده أو التزامه معلَّقاً عليه ومرتبطاً به، بحيث إذا وجد الشرطُ وُجد ذلك العقد أو الالتزام، وإن لم يتحقق الشرطُ، فلا يتحقق المشروط، فيكون المشروط مرتبطاً به وجوداً وعدماً. مثال ذلك: تعليق الشخص كفالته لدينٍ معين على سفر المدين؛ كأن يقول للدائن: إنْ سافر مدينُك فلانٌ اليومَ فإني كفيل بالدَّين

---

(١) هو علي بن محمد بن علي، المعروف بالسيد الشريف الجرجاني، أبو الحسن، من علماء الحنفية وله باع في العربية، توفي بشيراز سنة ٨١٦هـ. من آثاره: كتاب التعريفات (المراغي، الفتح المبين ٣/ ٢٠ ـ ٢١).

(٢) الجرجاني، التعريفات ـ مرجع سابق ـ ص: ١٦٦.

(٣) د. بدران أبو العينين بدران، أصول الفقه الإسلامي (لا.ط؛ الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، د.ت) ص: ٢٩٠.

الذي لك عليه. ومن ثم يصبح سفر المدين شرطاً لثبوت الكفالة على الملتزم بها؛ فإن تحقّق الشرطُ ثبتت الكفالة، وإن تخلّف فلا يعتبر الملتزمُ كفيلاً بأداء الدَّين[١].

وإن هذا المعنى للشرط هو المقصود في هذا المبحث، ويمكن تعريفه بأنه: «التزام المتصرف في تصرفه بأمر من الأمور زائد على أصل التصرف، سواء أكان هذا الالتزام الزائد من مقتضى التصرف، أم لم يكن، وسواء أكان فيه منفعة للملتزم له أو لغيره، أم لم يكن فيه منفعة لأحد»[٢].

ثانياً: تعريف الجزائي:

أ ـ لغة: كلمة «الجزائي» اسم مصدر منسوب إلى الجزاء، والجزاء ما فيه الكفاية من المقابلة إن خيراً فخيرٌ وإن شرّاً فشرٌّ. ونقول: جزى الشيء جزاء بمعنى: كفى وأغنى. قال الله تعالى: ﴿وَٱتَّقُواْ يَوْمًا لَّا تَجْزِى نَفْسٌ عَن نَّفْسٍ شَيْـًٔا﴾ [البقرة: ٤٨]، وقال أيضاً: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمْ وَٱخْشَوْاْ يَوْمًا لَّا يَجْزِى وَالِدٌ عَن وَلَدِهِۦ وَلَا مَوْلُودٌ هُوَ جَازٍ عَن وَالِدِهِۦ شَيْـًٔا...﴾ [لقمان: ٣٣]. ونقول: هذا رجلٌ جازيك من رجل؛ أي: كافيك، وهذا لا يجزي عنك؛ أي: لا يقضي[٣]، ونقول: جازاه؛ أي:

---

(١) د. نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص:١٦٣ ـ ١٦٤، ولمزيد من التفصيل ينظر: د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله (ط:١؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م، ٢/ ٤١١ ـ ٤٦٤).

(٢) د. علي محمد الحسين الصوا، «الشرط الجزائي في الديون: دراسة فقهية مقارنة»، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية (الكويت: جامعة الكويت ـ مجلس النشر العلمي، المجلد: ١٩، العدد: ٥٨، سبتمبر ٢٠٠٤م، ص:٢٢٧.

(٣) ينظر: الزمخشري، أساس البلاغة ص:٥٩؛ والراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن ص:١٠٠؛ والرازي، مختار الصحاح ص:٧٥؛ والفيومي، المصباح المنير (١/ ١٠٠)، كلهم في مادة: «ج ز ي».

أثابه أو عاقبه[1].

ب ـ اصطلاحاً: إن الجزاء المقصود هنا هو جزاء من حيث إن المدين أغنى صاحب الشرط، وكفاه عن الضرر الذي وقع عليه، وهو عقوبة على المدين الذي أخل بالتزامه مع الدائن.

ثالثاً: تعريف الشرط الجزائي:

إن «الشرط الجزائي» مصطلح قانوني حديث لم يكن معروفاً عند الفقهاء القدامى بهذا الاسم، وإن كان مفهومه ومدلوله معروفاً ومبحوثاً في فصول الشروط العقدية من مدوناتهم الفقهية[2].

وقد تعددت تعريفات الشرط الجزائي تبعاً لتعدد وظائفه؛ ذلك أن الباحثين لا يتفقون غالباً على تلك الوظائف المتوخاة من الشرط الجزائي، **ولعل أهم التعريفات ما يأتي**:

١ ـ عرفه د. أحمد سلامة بأنه: «اتفاق بين الدائن والمدين على تحديد مبلغ من النقود يدفعه المدين إذا لم ينفذ التزامه أو تأخر فيه»[3].

٢ ـ وعرفه د. أحمد حشمت أبو ستيت بأنه: اتفاق المتعاقدين في ذات العقد، أو في اتفاق لاحق ـ وبشرط أن يكون ذلك قبل الإخلال بالالتزام ـ على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو تأخره عنه[4].

٣ ـ وعرفه د. عبد الرزاق السنهوري (ت١٣٩١هـ) بأنه اتفاق

---

(١) د. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط (١/ ١٤٢)، مادة: «ج ز ي».

(٢) د. نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص:١٦٣.

(٣) د. أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام (لا. ط؛ القاهرة: مكتبة التعاون، ١٩٧٥م) ص٥٣.

(٤) د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني (لا. ط؛ القاهرة: مطبعة مصر، ١٩٤٥م) ص:٤٤٢.

المتعاقدين مقدماً على مقدار التعويض، الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، أو تأخر في التنفيذ[1].

٤ ـ وعرفه د. جميل الشرقاوي بأنه: «اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ أو التأخير فيه»[2].

والملاحظ أن التعريف الأول قاصر، وليس بالجامع؛ لأنه حصر التعويض بمبلغ من النقود، في حين يجوز الاتفاق على غير ذلك، فقد أجاز القضاء المصري أن يكون الشرط الجزائي شيئاً آخر غير النقود، وقضت بذلك محكمة مصر الابتدائية بهيئة استئنافية «إذا اشترط المؤجر ملكية البناء الذي يحدثه المستأجر عند عدم تحقق الوفاء بالإيجار، فإن ذلك يعتبر شرطاً جزائياً»[3].

ثم إن هذه التعريفات أغفلت عنصراً مهماً من عناصر الشرط الجزائي ولم تشر إليه، وهو عنصر وجود الضرر الذي يلحق بالدائن نتيجة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو التأخر فيه، بالإضافة إلى طول التعريف الثاني.

كما أنها أبرزت الوظيفة التعويضية للشرط الجزائي، وكأنها الوظيفة الوحيدة، مع أنها ليست كذلك، لذلك نجد المادة الأولى من اتفاقية «بيوتلكس» المتعلقة بأحكام الشرط الجزائي، والموقعة في لاهاي بتاريخ: ٢٦/ ١١/ ١٩٧٣م عرّفت الشرط الجزائي مبرزة وظيفة العقوبة فيه

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (٢/ ٨٥١).

(٢) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام (لا.ط؛ القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٧٦م) ص:٢٨، ٥٦.

(٣) د. أسامة الحموي، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون (ط:١؛ دمشق: مطبعة الزرعي، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م) ص:٤٦.

إلى جانب الوظيفة التعويضية فعرفته بأنه «كل شرط يلتزم بموجبه المدين بدفع مبلغ من المال، أو أي عمل قانوني بصفة جزاء أو تعويض، إذا لم يف بالتزامه». والاتفاقية بتعريفها هذا جمعت اتجاهات التشريعات في الدول المشتركة فيها[١].

وبالتالي يمكن اختيار صياغة ملائمة لتعريف الشرط الجزائي منتزعة من التعريفات السابقة على النحو الآتي: هو اتفاق المتعاقدين مقدماً على العقوبة أو مقدار التعويض في حالة تضرر الدائن بسبب عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو تأخر فيه.

وهذا التعريف يبرز بوضوح أن الشرط الجزائي يكون مقترناً بالعقد «اتفاق»، وأن وظيفته تتمثل في العقوبة وهي خاصة بالمدين، والتعويض وهو متعلق بالدائن، كما يبرز المبرر لذلك كله وهو الضرر الذي يصيب الدائن، ثم يوضح سبب الضرر، وهو عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه.

هذا، وقد أطلق على الشرط الجزائي تسميات أخرى في القانون، والفقه الوضعي، فسُمِّيَ بالتعويض الاتفاقي[٢]، وسمي بتعويض النكوص، وكذلك بالجزاء الاتفاقي، غير أن الاسم الذي اشتهر به هو الشرط الجزائي، وقد سمي بالشرط الجزائي؛ لأنه اشتراط من قبل الدائن يلتزم به المدين جزاء عدم تنفيذه لالتزامه، أو التأخر فيه؛ أي: لأنه يتضمن الجزاء الذي يتحمله المدين في هذه الحالة[٣]، ولأن المبلغ التعويضي

(١) د. علي محمد الحسين الصوا، «الشرط الجزائي في الديون»، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مرجع سابق ص:٢٢٨ ـ ٢٢٩.

(٢) د. وحيد سوار، النظرية العامة للالتزام (ط:٧؛ دمشق: جامعة دمشق، ١٩٩٢م، ١/ ٣٦٨)؛ ود. عبد المجيد الحكيم، أحكام الالتزام (ط:٣؛ بغداد: دار الحرية للطباعة، ١٩٧٧م، ٢/ ٤٠).

(٣) د. أسامة الحموي، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله ص:٤٧.

الذي يتضمنه الشرط كثيراً ما يكون أكبر من الضرر الحقيقي الذي يلم بالدائن نتيجة عدم تنفيذه لالتزامه، أو تأخره فيه، فالفرق يمثل جزاء أو غرامة يدفع المدين إلى تنفيذ التزامه، فهو يستعمل إذن كوسيلة تهديد لإجبار المدين على تنفيذ التزامه، إذا كان المبلغ الوارد فيه كبيراً(١).

*** الفرع الثاني: خصائص الشرط الجزائي**

للشرط الجزائي عدة خصائص تميزه عن غيره من الشروط أهمها ما يأتي:

أ ـ الاتفاقية:

من المعلوم في الفقه الإسلامي أن الشروط عقود والعقود شروط، إذ الشرط يتضمن التزاماً بنتائجه وكذلك العقد، فالشرط عقد(٢).

والمقصود هنا بالشرط هو الشرط الجعلي؛ لأنه مؤسس على إرادة طرفي العقد، فلا بد فيه من الاتفاق والتراضي عليه من الطرفين، بخلاف الشرط الشرعي؛ لأنه غير مؤسس على إرادة أطراف العقد، وإنما هو مفروض اعتباره من قبل الشارع، لقيام العقد وانعقاده وصحته شرعاً(٣).

والشرط الجزائي من الشروط الجعلية باعتباره شرطاً مقترناً بالعقد، ولذلك فإن الشرط الجزائي لا بد لصحته وشرعيته في العقد من الاتفاق والتراضي عليه من أطراف العقد(٤).

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق (٢/ ٤٠)؛ ود. نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص:١٦٣.

(٢) ينظر: د. محمد فتحي الدريني، النظريات الفقهية (ط:٢؛ دمشق: جامعة دمشق، ١٩٩٠م) ص:٢٧٧.

(٣) د. أسامة الحموي، المرجع السابق ص:٣٠٣.

(٤) المرجع نفسه.

قال الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ...﴾ [النساء: ٢٩].

وروي من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**إِنَّمَا البَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ**»(١).

وروى ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ خطب الناس في حجة الوداع فقال: «**وَلَا يَحِلُّ لامْرِئٍ مِنْ مَالِ أَخِيهِ إِلَّا مَا أَعْطَاهُ مِنْ طِيبِ نَفْسٍ**»(٢).

فهذه الأدلة تؤكد أن الرضا شرط أساسي لقيام التعاقد، وقد اتفق جمهور الفقهاء على أن حل الأموال منوط بالرضا، وأن من أُكره على التعاقد ولم يتوفر ركن الرضا فيه فإن العقد يقع باطلاً ولا تترتب عليه آثاره(٣).

وبناء عليه فالشرط الجزائي يجب أن يخضع لأحكام العقود عامة بحيث يؤسس على إرادة الأطراف المتعاقدة، ولا يصح أن يكون شرطاً جزائياً ناتجاً من القانون، وليس للجزاءات القانونية أية علاقة مشتركة مع نظام الشرط الجزائي، حتى ولو أدت إلى النتائج نفسها، ولكن ينبغي أن يعبر عن إرادة الأطراف بطريقة قانونية(٤). ومن ثم فإن محل هذا الشرط ـ وهو الأداء المستحق على الطرف الآخر في حالة إخلاله بالتزامه ـ

---

(١) أخرجه: ابن ماجه، السنن، كتاب التجارات، باب بيع الخيار (٢/ ٧٣٧)؛ وابن حبان، صحيح ابن حبان (١١/ ٣٤٠)؛ والبيهقي، سنن البيهقي (٦/ ١٧)؛ وقال الكناني: «هذا إسناد صحيح رجاله ثقات» (أحمد بن أبي بكر الكناني ت٨٤٠هـ، مصباح الزجاجة، ط:٢؛ بيروت: الدار العربية، ١٤٠٣هـ، ٣/ ١٧).

(٢) حديث حسن سبق تخريجه.

(٣) ينظر: د. علي محي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود ـ مرجع سابق ـ (١/ ٤٤١ وما بعدها) و(٢/ ١٠٠١ وما بعدها).

(٤) د. علي محمد الحسين الصوا، «الشرط الجزائي في الديون»، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مرجع سابق ص: ٢٣١.

يختلف عن الغرامة التعويضية التي يحكم بها القاضي على المدين بعد إخلاله بالتزامه، ويكون مقدَّماً عليها[1].

ب ـ التبعية:

يتميز الشرط الجزائي بأنه التزام تابع للعقد الأصلي، باعتباره شرطاً مقترناً بالعقد، ولذلك فإن الشرط الجزائي يبطل ببطلان العقد الأصلي الذي تضمنه؛ لأن الشرط الجزائي باعتباره شرطاً مقترناً بالعقد، فهو يصبح أثراً من آثار العقد الأصلي وأحكامه التي يجب الوفاء بها، والعقد الأصلي إذا بطل بطلت جميع آثاره وأصبح معدوماً[2].

والعقد الصحيح يبطل في الفقه الإسلامي باختلال أحد مقوماته الرئيسية من أركان وشروط انعقاد، كما هو معلوم في نظرية العقد وأحكامها[3].

والعقد الباطل في الفقه الإسلامي لا يترتب عليه أي أثر من آثار العقد الصحيح عند عامة الفقهاء، فيعتبر معدوماً شرعاً، لذلك وباعتبار الشرط الجزائي أثراً من آثار العقد الأصلي الذي يتضمنه فإنه ـ أي: الشرط الجزائي ـ يبطل ببطلان العقد الأصلي[4].

والعقد الباطل في الفقه الإسلامي معدوم شرعاً وهو معصية، والمعصية لا يجوز أن تكون سبباً في النفع أو النعمة؛ لأن نعم الله تعالى ـ وهي آثار العقد الصحيح ـ لا تنال بالمحظور[5].

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (٢/٨٦٦)؛ ود. أسامة الحموي، المرجع السابق ص: ٣٠٣.

(٢) د. أسامة الحموي، المرجع نفسه ص: ٣٠٧.

(٣) ينظر: د. محمد فتحي الدريني، النظريات الفقهية ص: ٣٧٨.

(٤) د. أسامة الحموي، الشرط الجزائي ص: ٣٠٨.

(٥) لبيان معنى البطلان في العقود ينظر: محمد أبو زهرة، أصول الفقه (لا. ط؛ =

فالشرط الجزائي إذاً باعتباره جزءاً من العقد، أو بعبارة أدق باعتباره أثراً من آثار العقد، فإن النتيجة البدهية لذلك أن الشرط الجزائي يبطل ببطلان العقد الأصلي لأحد الأسباب التي تبطل العقد في الفقه الإسلامي؛ كعدم أهلية العاقدين، أو لاختلال أحد أركان العقد، من صيغة أو عاقدين، أو محل العقد وغير ذلك[(١)].

وكذلك الأمر في القانون فالشرط الجزائي هو التزام تبعي، بمعنى: أنه تابع للالتزام الأصلي، حيث يُبرم لضمان تنفيذ الالتزام الأصلي، فوجوده يفترض وجود التزام أصيل صحيح[(٢)].

فالشرط الجزائي فرع، والالتزام الذي يتضمنه هو الأصل، والفرع يتبع الأصل، فالصفة الرئيسية للشرط الجزائي في الفقه القانوني هو اعتباره عقداً تابعاً للعقد الأصلي، فهو التزام ثانوي يتبع الالتزام الأصلي ويهدف إلى ضمان تنفيذه.

ثم إن صفة التبعية للشرط الجزائي تعني أنه لا يجوز الاتفاق على الشرط الجزائي بشكل مستقل، إذ لا يتصور ذلك أبداً، فالشرط الجزائي ليس له وجود مستقل بدون عقد، أو التزام أصلي[(٣)].

و يترتب على تبعية الشرط الجزائي أمور هي:

١ ـ عدم مشروعية محل الالتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان العقد المتضمن للشرط الجزائي، فإذا بطل العقد سقط الالتزام، وبالتالي سقط الشرط الجزائي التابع له، وذلك بناء على القاعدة: «إذا سقط الأصل

= القاهرة: دار الفكر العربي، د.ت) ص٥٩ ـ ٦١؛ ود. محمد فتحي الدريني، النظريات الفقهية ص:٣٨٣؛ ود. أسامة الحموي، المرجع السابق ص:٣٠٨.

(١) د. أسامة الحموي، المرجع نفسه ص:٣٠٨.

(٢) المرجع نفسه ص:٣١٥.

(٣) المرجع نفسه ص:٣١٦.

سقط الفرع»[1].

٢ ـ عدم مشروعية الشرط الجزائي لا يؤثر على الالتزام الأصلي؛ لأن الشرط تابع وفرع، ويمكن أن يسقط الفرع ويبقى الأصل[2].

وبما أن الشرط الجزائي شرط تعاقدي فإنه يبطل طبقاً للنظرية العامة لبطلان العقود، ولذلك فإنه يبطل بسبب نقص الأهلية، أو لعيب في الرضا، ويبطل إذا كان محله، أو سببه مخالفاً للنظام العام، أو الآداب[3].

٣ ـ إذا طلب الدائن فسخ العقد لعدم التنفيذ من قبل المدين، ووافقت المحكمة على طلبه فليس له المطالبة بالشرط الجزائي؛ لأن الفسخ يزيل العقد بأثر رجعي إلى وقت الانعقاد، ومن ثم فإذا زال العقد سقط الالتزام الأصلي، ومن ثم يسقط التابع له، والمحكمة تقوم بتقدير التعويض[4].

٤ ـ الشرط الجزائي التزامه ليس بالتخييري، ولا بالبدلي؛ لأن محل الالتزام التخييري متعدد، وذمة المدين تبرأ بأحد الأشياء، وفي الشرط الجزائي لا يستطيع الدائن أن يطلب إلا تنفيذ الالتزام إذا كان ممكناً، ومحل الالتزام في البدلي واحد وغير متعدد، ولكن المدين يستطيع إجبار الدائن على قبول شيء آخر عوضاً عن المحل الأصلي للالتزام، أما في الشرط الجزائي فهو لا يستطيع إجبار الدائن على قبول

---

(١) علي حيدر، درر الحكام (١/ ٤٨)، المادة (٥٠) من مجلة الأحكام العدلية.
(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (٢/ ٨٦٠).
(٣) د. عبد المحسن رويشد، الشرط الجزائي «رسالة دكتوراه غير منشورة» (جامعة القاهرة: كلية الحقوق، ١٩٨٣م) ص: ١٢٥ ـ بواسطة: د. أسامة الحموي، المرجع السابق ص: ٣٢٠.
(٤) د. أسامة الحموي، المرجع نفسه ص: ٣١٦.

عوض عن التنفيذ العيني[1].

جـ ـ القَبْلية:

الشرط الجزائي اتفاق على مقدار التعويض قبل وقوع الضرر، ومن ثم فهو سابق لوقوع الإخلال بالالتزام، وهو إما أن يدرج في العقد ويدخل ضمن بنوده، وإما أن يوضع في ملحق من ملحقاته، وفي الحالتين يتفق عليه قبل أن يوجد إخلال في التنفيذ للعقد من قبل المدين[2].

وبما أن الشرط الجزائي اتفاق سابق على التعويض عن الضرر قبل وقوعه، فإن الاتفاق على التعويض بعد وقوع الضرر يعتبر صُلحاً لا شرطاً جزائياً، فتطبق عليه عندئذ أحكام الصلح[3].

د ـ الجزافية:

الشرط الجزائي تقدير جزافي عن الضرر الذي يصيب الدائن بسبب إخلال المدين بالالتزام، ولذلك قد يكون التعويض الذي اتفق عليه المتعاقدان من الحجم بحيث لا يتناسب مع الضرر الذي أصاب الدائن، ففي هذه الحالة، يأخذ جانب من الفقه والقضاء بمبدأ التغليب لمبدأ سلطان الإرادة، ويقضي بالمبلغ المتفق عليه من قبل طرفي العقد دون زيادة أو نقصان ومن هنا جاءت تسمية الشرط الجزائي بأنه تقدير جزافي. في حين أجاز البعض الآخر للمحكمة أن تعدل في قدر المبلغ المتفق

---

(١) ينظر: د. السنهوري، الوسيط (٢/ ٨٦٠)؛ ود. أحمد حشمت، نظرية الالتزام ص:٤٤٦؛ ود. عبد المجيد الحكيم، أحكام الالتزام (٢/ ٤٣ ـ ٤٤).

(٢) د. أسامة الحموي، المرجع السابق ص:٣٢٣.

(٣) د. أحمد حشمت، نظرية الالتزام ص:٤٤٢؛ ود. أسامة الحموي، المرجع نفسه ص:٣٢٣.

عليه تبعاً لقدر الضرر، فتزيد مع ضخامة الضرر، وتنخفض مع انخفاضه، خصوصاً متى تبين للمحكمة أن الغرض من الشرط هو مجرد تهديد المدين لإجباره على الوفاء.

ولا بد من التنويه إلى أنه يجوز تخفيض الشرط الجزائي من قبل القاضي في حالة ما إذا كان الالتزام قد نفذ جزء منه، إلا إذا وجد اتفاق يلزم المدين بالوفاء بالمبلغ كله، حتى في حالة التنفيذ الجزئي.

وإذا لجأ المدين إلى الغش، فللقاضي أن يحكم بزيادة المبلغ حتى يجعله مناسباً للأضرار التي نجمت عن الغش، ومثله إذا ارتكب المدين خطأً جسيماً[(١)].

وأما في حالة القلة ـ قلة التعويض ـ فلا يجوز للقاضي تعديل الشرط الجزائي بالزيادة عليه، كما جاء في المادة (١٨٥) من القانون المدني الجزائري: «إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً»[(٢)].

والتعويض لا يكون عما لحق الدائن من الخسارة بسبب عدم التنفيذ أو التأخير فيه فقط وإنما يشمل ما قد يفوته من كسب؛ كأن سيتحقق لو أن التنفيذ قد تم من قبل المدين في حينه، وذلك ما نصت عليه المادة (١٨٢) من القانون المدني الجزائري، ويشمل التعويض ما قد يكون من ضرر أدبي، وهو ما يؤذي الشخص في النواحي المعنوية؛ كالعاطفة، والكرامة، والشرف، والاعتبارات الاجتماعية المادة (٢٢٣)

---

(١) د. محسن شفيق، نظرية الالتزام (لا.ط؛ دمشق: مطبعة الجامعة السورية، ١٩٤٧م) ص: ٩٩ ـ ١٠١، وعبد المجيد الحكيم، أحكام الالتزام (٢/ ٥٤ ـ ٥٥)، ود. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (٢/ ٨٨٦).

(٢) وهي المادة (٢٢٥) من القانون المدني المصري.

مدني سوري[1].

هـ ـ العقابية:

الشرط الجزائي عقوبة تترتب على إخلال المدين بالتزامه، وذلك بالامتناع عن تنفيذه في الميعاد المتفق عليه، أو تأخره في التنفيذ، ولم تجد الوسائل التهديدية بحمله على القيام بهذا التنفيذ، فعند ذلك يكون مسؤولاً عن تعويض الأضرار التي تلحق الدائن من جراء فعله وهذا التعويض أو العقوبة، قد يكون مبلغاً من النقود متفقاً عليه، أو غير ذلك، ويكثر هذا في عقود المقاولات، حيث يلتزم المقاول بدفع مبلغ من المال عن كل يوم من التأخير، أو كل شهر يتأخر فيه عن تسليم العمل الذي تعهد بإنجازه، ويوضع أيضاً في عقد العمل والإجارة والبيع، لإجبار المدين على الوفاء بدينه في الميعاد المتفق عليه[2]، وإما أن يكون غير ذلك ـ غير دفع مبلغ من النقود ـ كتعجيل أقساط الدين المؤجلة، إذا تأخر المدين عن دفع الأقساط في الموعد المحدد[3].

وهذا التعويض يختلف عن العربون، الذي يكون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً، لا يجوز العدول عنه، فإذا نكل من دفع العربون وجب عليه التعويض، فإذا كان التعويض الذي حكمت به المحكمة مساوياً لمبلغ العربون فعليه أن يتركه، وإذا كان أقل منه استرد الباقي، وإذا نكل من قبض العربون فعليه أن يرده، ويدفع للطرف الآخر التعويض الذي تحكم به المحكمة.

أما إذا اتفق العاقدان على العربون جزاء للعدول عن العقد، فقواعد الرضائية والعربون هي التي تقدم على القواعد الشكلية المتعلقة ببيع

---

(١) د. وحيد سوار، النظرية العامة للالتزام (١/ ٣٧٢)؛ ود. محسن شفيق، نظرية الالتزام ص:٩٨.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (٢/ ٨٥٢).

(٣) د. محسن شفيق، نظرية الالتزام ص:٩٨.

العقار، وعند ذلك إذا عدل من دفع العربون وجب عليه تركه، وإذا عدل من قبضه رده مضاعفاً[1].

المطلب الثاني

شروط استحقاق الشرط الجزائي وبيان أنواعه وحكمه الشرعي

وسوف نبين مضمون هذا المطلب من خلال الفروع الثلاثة التالية:

* الفرع الأول: شروط استحقاق الشرط الجزائي

ليتمكن الدائن من المطالبة بالتعويض الجزائي المتفق عليه مع المدين، لا بد من تحقق وتوفر شروط معينة هي[2]:

١ ـ الخطأ من جانب المدين، وذلك بتعمده عدم تنفيذ التزامه، أو الإهمال في التنفيذ، ولا يلزم الدائن بإقامة الدليل على خطأ المدين، بل يكفي إثبات التخلف عن التنفيذ، أو التأخر فيه، وهو في ذلك يختلف عن المسؤولية التقصيرية، وغير التعاقدية، إذاً في هذه، لا بد له من أن يثبت وجود خطأ من جانب المدين.

٢ ـ الضرر الذي ينشأ للدائن بسبب عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، أو التأخر فيه، فإذا انتفى الضرر انتفى وجود الاستحقاق للشرط الجزائي ـ التعويض ـ حيث مسؤولية المدين تجاه دائنه تكون عن الأضرار المباشرة والمتوقعة الحدوث وقت العقد أما الأضرار البعيدة والطارئة فلا يسأل عنها. ولا بد من التنويه إلى أن الدائن يستحق التعويض عن

(١) عبد المجيد الحكيم، نظرية الالتزام (٢/ ٥١).

(٢) د. محسن شفيق، نظرية الالتزام ص: ٩٥ ـ ٩٦؛ ود. وحيد سوار، النظرية العامة للالتزام (١/ ٣٦٩ وما بعدها)؛ ود. عبد المجيد الحكيم، أحكام الالتزام (٢/ ٢٨٠)؛ ود. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (٢/ ٨٢١ وما بعدها)؛ ود. أسامة الحموي، الشرط الجزائي ص: ٢٥٦ وما بعدها.

الأضرار المادية منها والأدبية. وتختلف هنا المسؤولية التعاقدية عن التقصيرية من حيث الضرر المتوقع، فهو مسؤول عنه في التقصيرية فقط.

٣ ـ علاقة السببية بين الخطأ والضرر، بمعنى أنه يتعين أن ينشأ الضرر عن خطأ المدين والمفروض قيام هذه العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فلا يلزم الدائن بإثباتها، وكل ما يطلب منه هو أن يثبت تخلف المدين عن تنفيذ التزامه، وإثبات أنه أصابه ضرر من ذلك وتقبل هذه القرينة الدليل العكسي، ويقع على عاتق المدين عبء إثبات أن الضرر الذي وقع على الدائن نتج عن الخطأ ذاته، أو أن القوة القاهرة، أو الحادث الجبري هو الذي أدى إلى عدم التنفيذ أو التأخر فيه، فإذا تمكن من إثبات أحد هذه الأمور انتفت مسؤوليته كاملة.

٤ ـ أن يتم إعذار المدين، وإخطاره بتنفيذ الالتزام، وإلا وقع عليه الشرط الجزائي، أما إذا لم يقم بالإعذار، فلا يكون مستحقاً للشرط الجزائي.

*** الفرع الثاني: أنواع الشرط الجزائي**

الشرط الجزائي الأصل فيه، قيامه في إطار المسؤولية التعاقدية، وبالتالي فإنه يخضع لمبدأ الإرادة؛ لأنه اتفاق بين طرفين، ومن ثم فتسري عليه أحكام العقود من حيث شروطه وآثاره، ولكن هذا لا يعني عدم قيامه البتة في غير ميدان المسؤولية التعاقدية، بل يمكن أن يقوم في المسؤولية التقصيرية المترتبة على عمل غير مشروع، مثل أن يتفق صاحب مصنع مع جيرانه على مقدار التعويض عن الضرر الذي يمكن أن يقع مستقبلاً عليهم نتيجة الدخان الصادر من مداخن المصنع، أو نتيجة الضجة المترتبة على آلاته[1].

---

(١) د. شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات (٢/ ٨١).

ولكن الغالب فيه تطبيقه في ميدان العقود، وبالتالي يمكن تصنيفه على نوعين:

النوع الأول:

الشرط الجزائي الوارد على تنفيذ عمل من الأعمال، فهو الذي يتقرر لعدم تنفيذ هذا العمل أو التأخر فيه.

ويمكن أن يندرج تحته الصور التالية:

أ ـ الشرط الجزائي الذي يقترن بعقود المقاولات، والذي يتضمن دفع مبلغ من المال عن كل يوم أو شهر يتأخر فيه المقاول عن الوقت المحدد.

ب ـ الشرط الجزائي المقترن بعقد العمل، والذي يتضمن حسم مبلغ معين من النقود من أجرة العامل إذا أخل بالتزاماته المختلفة.

جـ ـ الشرط الجزائي المقترن بعقد الإجارة، والذي يتضمن تعويض المؤجر عن التأخر في التسليم عن وقت انتهاء مدة الإجارة[١].

النوع الثاني:

الشرط الجزائي المقرر لتأخير الوفاء بالالتزامات التي يكون محلها مبلغاً من النقود؛ كالديون.

ويندرج تحته صورتان:

أ ـ الشرط الجزائي المقترن بعقد بيع آجل، أو عقد قرض، والذي يتضمن دفع مبلغ معين عن كل يوم تأخير أو عن كل شهر، أو عن كل سنة، أو غير ذلك مما يتم الاتفاق عليه بين المتعاقدين[٢].

ب ـ الشرط الجزائي المقترن بعقد بيع آجل، أو عقد قرض،

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (٢/ ٨٢٥).

(٢) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام (٣/ ١٦٨).

والذي يتضمن التعويض عن الضرر الناتج بسبب عدم سداد الدَّين أو التأخر فيه.

* الفرع الثالث: حكم الشرط الجزائي

إذا رجعنا إلى تعريف الشرط الجزائي فإننا نجد أن معناه يدخل في معنى الشرط المقترن بالعقد وهو شرط تقييدي في أغلب أحواله. والشرط التقييدي هو التزام وارد في تصرف قولي عند تكوينه، زائد عن أصل مقتضاه شرعاً(١).

وعلى هذا لا بد من معرفة آراء الفقهاء في الشروط التقييدية المقترنة بالعقد، وموقفهم من هذه الشروط، صحيحها وباطلها، لنرى مكان الشرط الجزائي من هذه الشروط عند الفقهاء.

وعلى هذا سوف نعالج المسألة من خلال بيان النقاط الثلاثة التالية:

أولاً: موقف فقهاء المذاهب من الشروط المقترنة بالعقد والشرط الجزائي:

لا نزاع بين الفقهاء في جواز الشرط الذي يقتضيه العقد، كاشتراط المشتري أن يتصرف في المبيع، وكاشتراط الزوجة على زوجها أن يدفع لها مهراً أو ينفق عليها؛ لأن هذا يثبت بمطلق العقد، ولا داعي لاشتراطه؛ لأن هذه الأحكام من مقتضى العقد الذي رتبه الشارع(٢).

وكذلك لا خلاف بين الفقهاء في بطلان الشرط الذي ينافي مقتضى العقد، فهو شرط باطل ويبطل معه العقد، إذا كان من عقود

---

(١) د. أسامة الحموي، الشرط الجزائي ص:١٠٠ ـ ١٠١.

(٢) المرجع نفسه ص:١٠٢.

المعاوضات، وذلك لأنه شرط يلغي الحكم الأصلي للعقد، ولأنه شرط يناقض قصد الشارع من العقد، ومناقضة قصد الشارع باطلة[1].

أما ما عدا ذلك من الشروط، فهو الذي اختلف الفقهاء فيه، وذلك تبعاً لاختلافهم في ضابط الشروط الصحيحة وغير الصحيحة؛ لأنه لم يرد عن الشارع تحديد لمعيار محدد لمشروعية الشرط، بل استخلص الفقهاء ذلك اجتهاداً من نصوص الشريعة وقواعدها ومقاصدها، فمنشأ الخلاف إذن هو ضابط الشرط المشروع وغير المشروع[2].

وفيما يلي عرض لمختلف آراء المدارس الفقهية المشهورة في المسألة:

أولاً: مذهب الحنفية:

قسم الحنفية الشروط المقترنة بالعقد إلى ثلاثة أنواع وهي:

أ ـ الشرط الصحيح: وهو الشرط الذي يقتضيه العقد، أو يلائم مقتضى العقد، أو الشرط الذي يدل النص على جوازه، أو الذي جرى به العرف.

ـ الشرط الذي يقتضيه العقد: وهو ما كان موجبه حكماً من أحكامه وأثراً من آثاره بحيث لا يثبت شيئاً زائداً على آثار العقد، وإنما هو توكيد له، مثل: اشتراط البائع تسليم الثمن قبل تسليم المبيع، وهذا الشرط صحيح بالإجماع[3].

---

(١) ينظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى (٣/ ٣٢ و٤٠)؛ وإبراهيم بن موسى الشاطبي ت٧٩٠هـ، الموافقات، شرح: عبد الله دراز (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت، ١/ ٢٨٤)؛ والسيوطي، الأشباه والنظائر ص:١٤٩.

(٢) د. أسامة الحموي، المرجع السابق ص:١٠٣.

(٣) ينظر: السرخسي، المبسوط (١٣/ ١٤)؛ والكاساني، بدائع الصنائع (٥/ ١٧١)؛ وابن الهمام، شرح فتح القدير (٦/ ٧٧)؛ والزيلعي، تبيين الحقائق (٤/ ٥٧)؛ والشيرازي، المهذب (١/ ٢٦٨)؛)؛ والنووي، المجموع (٩/ ٣٦٤)؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٢٨٥)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٣/ ١٨٩).

ـ الشرط الذي يلائم مقتضى العقد: وهو الذي لا يقتضيه العقد، ولكنه يؤكد ما يجب بالعقد معنىً، فكان لذلك ملائماً له، وذلك كاشتراط الكفيل، أو رهن بالثمن المؤجل. وحكم هذا النوع من الشروط لزوم الوفاء به، وهو شرط صحيح(١).

ـ الشرط الذي ورد النص بجوازه: وهو الذي ثبت جوازه بنص من الشارع على خلاف القياس كاشتراط الخيار للعاقدين مدة معلومة في البيع، وذلك لورود النص به(٢)، وهو لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له: «**بَايِعْ وَقُلْ: لَا خِلَابَةَ، ثُمَّ أَنْتَ بِالخِيَارِ**»(٣).

ـ الشرط الذي جرى به العرف العام بين الناس، وكان فيه منفعة لأحد المتعاقدين، وذلك كأن يشترط المشتري لسيارة أو نحوها أن يصلحها البائع له مدة معلومة، وهذا جائز على رأي أبي حنيفة (ت١٥٠هـ) وصاحبيه خلافاً لزفر (ت١٥٨هـ) الذي تمسك بأن الأصل في الشروط التي تخالف مقتضى العقد هو الفساد(٤).

قال السرخسي (ت٤٩٠هـ): «وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد، وفيه عرف ظاهر فذلك جائز... لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي،

---

(١) ينظر: السرخسي، المبسوط (١٣/ ١٨)؛ والكاساني، بدائع الصنائع (٥/ ١٧١)؛ وابن الهمام، شرح فتح القدير (٦/ ٧٨)؛ والزيلعي، تبيين الحقائق (٤/ ٥٧)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٤/ ١٢٢).

(٢) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٥/ ١٧٤)؛ وابن الهمام، شرح فتح القدير (٦/ ٧٨)؛ والزيلعي، تبيين الحقائق (٤/ ٥٧).

(٣) أخرجه الشيخان: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع (٣/ ٨٥)، ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب من يخدع في البيع (١/ ٦٦٥).

(٤) ينظر: السرخسي، المبسوط (١٣/ ١٤)؛ والكاساني، بدائع الصنائع (٥/ ١٧٢)؛ وابن الهمام، شرح فتح القدير (٦/ ٧٨)؛ والزيلعي، تبيين الحقائق (٤/ ٥٧)؛ وابن عابدين، رسائل ابن عابدين (٢/ ١١٤ـ ١١٩).

ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجاً بيناً»[1].

ولقد جعل بعض الحنفية حديث «نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ»[2] معللاً بوقوع النزاع والخصام بين المتعاقدين بسبب الشرط، وذلك مخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع الخصومة، وهذا التعليل يجعل الشرط المتعارف عليه غير داخل في عموم الحديث[3].

وعلى هذا فالحنفية باعتبارهم للشرط المتعارف عليه، قد وسّعوا باب الشروط الصحيحة عندهم، بعد أن ضيقوه بقولهم: الأصل في الشروط الحظر والفساد إلا ما قام الدليل على صحته[4].

ب ـ **الشرط الفاسد**: وهو ما لا يتوفر فيه أي ضابط من ضوابط الشرط الصحيح السابق ذكرها. قال الزيلعي (ت٧٤٣هـ): «والأصل فيه أن كل شرط لا يقتضيه العقد، وهو غير ملائم له، ولم يرد الشرع بجوازه، ولم يجر التعامل فيه، وفيه منفعة لأهل الاستحقاق، مفسد لما روينا ـ أي: نهي النبي ﷺ عن بيع وشرط»[5].

وحكم الشروط الفاسدة عند الحنفية أنها تفسد عقود المعاملات المالية، أما عقود المعاوضات غير المالية كالزواج، وعقود التبرعات؛ كالهبة فلا أثر للشروط الفاسدة فيها، بل يلغو الشرط الفاسد ويصح العقد[6].

---

(١) السرخسي، المبسوط (١٣/ ١٤).

(٢) الهيثمي، مجمع الزائد (٤/ ٨٥) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٣) ابن عابدين، حاشية رد المحتار (٤/ ١٢٣)؛ ورسائل ابن عابدين (٢/ ١١٩).

(٤) د. زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد (ط:١؛ القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٦٧م) ص:١٠٨ ـ ١١١؛ ود. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله (٢/ ٤٢٥).

(٥) الزيلعي، تبيين الحقائق (٤/ ٥٧)؛ وينظر: السرخسي، المبسوط (١٣/ ١٥).

(٦) ينظر: المرغيناني، الهداية (٣/ ٤٩)؛ وابن الهمام، شرح فتح القدير (٦/ ٨١)؛ وابن نجيم، الأشباه والنظائر ص:٤٣٦.

والسبب في هذه التفرقة بين عقود المعاوضات المالية وغير المالية، أن الشروط الفاسدة في الأولى تؤدي على الربا حينما يكون اشتراط المنفعة لأهل الاستحقاق، والربا مفسد للعقد[1].

جـ ـ الشرط الباطل: وهو ما ليس فيه مصلحة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما، وليس من مقتضى العقد، ولا ملائماً له، ولا جرى به عرف؛ كاشتراط البائع عدم الانتفاع بالمبيع[2].

وحكم هذا الشرط أنه لا يؤثر في العقود عامة، بل يلغو الشرط ويصح العقد[3].

○ **حكم الشرط الجزائي عند الحنفية:**

بناء على ما تقدم عرضه من موقف الحنفية من الشروط المقترنة بالعقد صحيحها وفاسدها وباطلها، نستنتج بأن الشرط الجزائي جائز ومباح عندهم بشكل عام؛ وذلك لاندراجه تحت مفهوم وضابط الشرط الصحيح؛ لأن الشرط الجزائي قد جرى به عرف المعاملات التجارية، وانتشر حتى أصبح من النادر أن يخلو عقد من وجوده، بشرط عدم تضمن هذا الشرط لمحظور شرعي أو يؤدي إلى الوقوع في الربا[4].

ثانياً: مذهب المالكية:

يقسم المالكية الشروط المقترنة بالعقد إلى صحيحة أو باطلة.

أ ـ الشروط الصحيحة: ذهب المالكية مذهب الجمهور من أن الأصل في الشروط الحظر والمنع حتى يرد الدليل على الإباحة، إلا أنهم

---

(١) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق (٤/ ١٣١)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٤/ ٩٩).

(٢) د. زكي الدين شعبان، المرجع السابق ص:١١٦؛ ود. أسامة الحموي، المرجع السابق ص:١٢٠.

(٣) د. أسامة الحموي، المرجع نفسه.

(٤) د. أسامة الحموي، المرجع نفسه ص:١٢٢ ـ ١٢٣.

توسعوا - خلافاً للحنفية والشافعية - في تصحيح كثير من الشروط المقترنة بالعقد.

والحكم على الشروط صحة وبطلاناً ينبني على أساس اشتمال هذه الشروط للربا أو الضرر، أو الجهالة، أو عدم اشتمالها على ذلك، أو مناقضتها لمقتضى العقد، أو عدم مناقضتها، أو منافاتها لمقتضى العقد أو عدم منافاتها. فإذا تضمن الشرط المقترن بالعقد رباً أو جهالة، أو غرراً بشكل كبير فيبطل العقد، وإن كان بقدر متوسط فالشرط باطل والعقد صحيح، وإن كان بقدر يسير فالشرط والعقد صحيحان[1].

يقول ابن رشد الحفيد (ت٥٩٥هـ): «وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام: شروط تبطل هي والبيع معاً؛ وشروط تجوز هي والبيع معاً؛ وشروط تبطل ويثبت البيع... وإنما هي راجعة إلى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفي الفساد الذي يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر وإلى قلته وإلى التوسط بين ذلك، أو إلى ما يفيد نقصاً في الملك فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيراً من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط، وما كان قليلاً أجازه وأجاز الشرط فيها، وما كان متوسطاً أبطل الشرط وأجاز البيع»[2].

وعلى هذا فالشروط الصحيحة عند المالكية هي:

١ - الشرط الذي يقتضيه العقد، وهو صحيح بالإجماع[3].

٢ - الشرط الذي لا ينافي العقد، وإن كان العقد لا يقتضيه وفيه مصلحة للعقد؛ كاشتراط الرهن، أو الكفيل، أو الخيار[4].

---

(١) د. أسامة الحموي، الشرط الجزائي ص: ١٣٠ - ١٣١.

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٢/ ١٦٠).

(٣) محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٦٥).

(٤) الحطاب، مواهب الجليل (٤/ ٣٧٥)؛ وتحرير الكلام في مسائل الالتزام =

٣ ـ الشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين باستثناء منفعة المعقود عليه مدة يسيرة معلومة؛ كاستثناء ركوب الدابة، أو سكنى الدار مدة معينة[١]. وقد استدل المالكية لصحة هذا الشرط بحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما من أنه باع النبي ﷺ جملاً واشترط ظهره إلى المدينة[٢].

٤ ـ الشرط الذي يتضمن عملاً في المعقود عليه أو في غيره؛ كشراء ثوب بشرط أن يخيطه البائع، وهذا الشرط لا يقتضيه العقد، ولكنه يترتب عليه اجتماع صفقتين في صفقة واحدة، وهما عقد البيع وعقد الإجارة. وهذا الشرط جائز عند المالكية[٣].

قال ابن رشد الحفيد (ت٥٩٥هـ): «واختلف العلماء من هذا الباب في بيع وإجارة معاً في عقد واحد، فأجازه مالك وأصحابه، ولم يجزه الكوفيون ولا الشافعي»[٤].

٥ ـ الشرط الذي يتضمن معنىً من معاني البر؛ كأن يشترط البائع وقفاً أو هبة، أو التصدق بالمبيع، وهذا الشرط وإن كان ينافي مقتضى العقد من حرية التصرف في المبيع، إلا أن ما يدعو لاستثنائه هو تشوف

= ص: ٣٣٩؛ والخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل (٥/ ٨٠)؛ ومحمد عرفة، المرجع نفسه (٣/ ٦٧)؛ وعليش، فتح العلي المالك (١/ ٣٣٨)؛ ود. زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص: ١٢٢.

(١) ابن رشد الجد، المقدمات (٣/ ٣٠٥)؛ وابن جزي، القوانين الفقهية ص: ١٧٢؛ والحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص: ٣٣٩؛ وعليش، فتح العلي المالك (١/ ٣٣٨).

(٢) أخرجه الشيخان: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب شراء الدواب والحمير (٣/ ٨١)، ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب بيع البعير واستثناء ركوبه (١/ ٦٩٨).

(٣) الحطاب، مواهب الجليل (٤/ ٥٣٩)؛ والخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل (٧/ ٤٠)؛ ومحمد عرفة، حاشية الدسوقي (٤/ ٥).

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ١٦٤).

الشارع لأعمال البر وحثه عليها[1].

٦ ـ الشرط المتضمن منع التصرف اليسير في المعقود عليه؛ كأن يشترط بائع الدار على المشتري ألا يبيعها لشخص معين[2]. وهذا الشرط لا ينافي مقتضى العقد منافاة تامة، وإنما يمنعه بصفة جزئية، كما أن هذا الشرط يوسع دائرة الشروط الصحيحة، ويحقق مصلحة مقصودة لأحد المتعاقدين بما لا يتنافى مع ما يطلبه الطرف المقابل من نفع مشروع فيما يملكه[3].

ب ـ الشروط الباطلة: قسم المالكية الشروط الباطلة إلى قسمين:

١ ـ شروط باطلة ويبطل معها العقد، وهي كما يلي:

١ ـ الشرط الذي ينافي مقتضى العقد ويناقضه؛ كأن يشترط بائع السلعة على المشتري ألا يبيعها[4].

٢ ـ الشرط الذي يؤدي إلى الغرر أو الجهالة؛ كأن يشترط الخيار أو تأجيل الثمن مدة مجهولة[5].

٣ ـ الشرط المحظور؛ كأن يشترط بائع المحل اتخاذه داراً للقمار[6].

---

(١) الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل (٥/ ٨١)؛ ومحمد عرفة، حاشية الدسوقي (٣/ ٦٦).

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ١٦١)؛ والحطاب، مواهب الجليل (٤/ ٣٧٣).

(٣) د. حسن الشاذلي، نظرية الشرط (لا.ط؛ القاهرة: دار الاتحاد العربي، د.ت) ص: ٢٢٥ ـ ٢٢٦.

(٤) ابن جزي، القوانين الفقهية ص: ١٧١؛ والحطاب، مواهب الجليل (٤/ ٣٧٢)؛ وتحرير الكلام ص: ٣٢٧ ـ ٣٢٨؛ والخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل (٥/ ١٨٠)؛ ومحمد عرفة، حاشية الدسوقي (٣/ ٦٥)؛ وعليش، فتح العلي المالك (١/ ٣٤٤).

(٥) عليش، فتح العلي المالك (١/ ٣٤١).

(٦) الحطاب، مواهب الجليل (٤/ ٣٧٣)؛ والدردير، الشرح الكبير (٣/ ٦٦).

٤ ـ الشرط المتضمن الإقراض في عقد البيع، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع وسلف[1].

٢ ـ شروط باطلة تلغو ويصح العقد: وتشمل ما يلي:

١ ـ شرط يخالف النص، كشرط البائع للولاء المخالف لقوله ﷺ: **«الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»**[2].

٢ ـ شرط يؤدي إلى إسقاط حق من حقوق العقد، كمن باع شيئاً واشترط ألا عهدة عليه في عيب أو استحقاق[3].

٣ ـ شرط لا غرض فيه ولا مالية؛ كمن يشترط صفة في سلعة فتكون على أفضل مما شرط[4].

○ حكم الشرط الجزائي عند المالكية:

بعد عرض موقف المالكية من حرية الاشتراط، وضابط الشرط الصحيح والباطل، يتبين لنا صحة الشرط الجزائي عندهم؛ لأنه يدخل في مفهوم ضابط الشرط الشرط الصحيح؛ فالمالكية قالوا بصحة الشرط إذا لم يكن منافياً للعقد، وإن لم يقتضه العقد؛ لأنهم لا يشترطون أن يكون الشرط من مقتضى العقد، بل يشترطون عدم المنافاة، والشرط الجزائي لا ينافي مقتضى العقد، فهو لا يعود على العقد بالنقض له أو لبعض

---

(١) ابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ١٦٠)؛ وابن جزي، القوانين الفقهية ص: ١٧٢؛ والحطاب، مواهب الجليل (٤/ ٣٧٣).

(٢) ابن رشد، المرجع نفسه (٢/ ١٦٠)؛ والحديث في الصحيحين: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشروط، باب الشروط في البيع (٢/ ٩٦٨)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق (٢/ ١١٤١) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٣) الدردير، الشرح الكبير (٣/ ١٧٥ ـ ١٧٦).

(٤) الحطاب، مواهب الجليل (٤/ ٤٢٧)؛ وتحرير الكلام في مسائل الالتزام ص: ٣٨١؛ والدردير، الشرح الكبير (٣/ ١٧٦).

أحكامه، وإن كان العقد لا يقتضيه، ولذلك فهو شرط صحيح على هذا الأساس عند المالكية[1].

ثالثاً: مذهب الشافعية:

قسم الشافعية الشروط المقترنة بالعقد إلى قسمين هما:

أ ـ الشروط الصحيحة: وهي كما يلي:

١ ـ الشرط الذي يقتضيه العقد؛ كاشتراط المشتري الانتفاع بما اشتراه[2].

٢ ـ الشرط الملائم لمقتضى العقد؛ أي: يتضمن مصلحة معتبرة؛ كالإشهاد على البيع[3].

٣ ـ الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافي مقتضاه وليس فيه مضرة.

٤ ـ الشرط الذي ورد به النص، وهذا صحيح بالإجماع[4].

٥ ـ شرط وصف خاص للمبيع، وأن يكون هذا الوصف منضبطاً وموجوداً في المعقود عليه وقت العقد[5].

ب ـ الشروط الباطلة:

١ ـ الشرط الذي يخالف مقتضى العقد وينافيه كالشرط المؤدي إلى

---

(١) د. أسامة الحموي، الشرط الجزائي ص:١٤١.

(٢) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٢٦٨)؛ والنووي، المجموع (٩/ ٣٦٣)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٣/ ٤٥٩).

(٣) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٢٦٨)؛ والنووي، المجموع (٩/ ٣٦٤)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ٣٢)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٣/ ٤٥٢).

(٤) الرملي، نهاية المحتاج (٣/ ٤٥٦).

(٥) ينظر: السيوطي، الأشباه والنظائر ص:٤٥٣؛ والرملي، نهاية المحتاج (٣/ ٤٦٠)، وينظر في صحة هذا الشرط عند باقي الأئمة: الكاساني، بدائع الصنائع (٥/ ١٧٢)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٣/ ١٨٩).

المنع من التصرف، أو الانتفاع بمحل العقد[1].

٢ ـ الشرط الذي لا غرض فيه، ولا يتضمن منفعة أو مصلحة لأحد، وهو باطل غير مؤثر في العقد فيبطل وحده ويصح العقد لخلوه من الفائدة[2].

○ **حكم الشرط الجزائي عند الشافعية:**

بناء على ما تقدم من ضوابط الشرط الصحيح والباطل، يتبين أن الشرط الجزائي يدخل تحت أحد ضوابط الشرط الصحيح عند الشافعية، وهو الشرط الملائم الذي فيه مصلحة للعقد، فالشرط الجزائي شرط ملائم لمقتضى العقد وإن لم يقتضه العقد؛ لأن فيه مصلحة للعقد، كما أنه شرط ليس له معارض في الشرع، فلا يوجد نص يحرمه بعينه[3].

رابعاً: مذهب الحنابلة:

ذهب الحنابلة إلى أن الأصل في حرية الشروط والعقود الإباحة لا الحظر، وكل ما لم يمنعه الشارع منها فهو مباح استصحاباً لذلك الأصل. ولا يبطل الشرط عند الحنابلة إلا إذا أحل حراماً، أو أوجب أمراً يحرمه الشارع؛ كأن يشتمل على الغرر أو الربا، أو أوجب ما ينقض الحكم الأصلي للعقد، أو ينافي الشرع نفسه[4].

يقول ابن تيمية (ت٧٢٨هـ): «إن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص، أو قياس عند من يقول به، وأصول أحمد رضي الله عنه المنصوصة عنه

---

(١) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٢٦٨)؛ والنووي، المجموع (٩/ ٣٦٧ ـ ٣٦٩)؛ والسيوطي، الأشباه والنظائر ص:٤٥٣؛ والرملي، نهاية المحتاج (٣/ ٤٥٠).

(٢) ينظر: النووي، المجموع (٩/ ٣٦٤)، والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ٣٤)؛ والرملي، نهاية المحتاج (٣/ ٤٥٩).

(٣) د. أسامة الحموي، الشرط الجزائي ص:١٣٠.

(٤) المرجع نفسه ص:١٤١ ـ ١٤٢.

أكثرها تجري على هذا القول، ومالك قريب منه، لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط...»[1].

وقسم الحنابلة الشروط إلى قسمين:

أ ـ **الشروط الصحيحة**: وتشمل ما يلي:

١ ـ الشرط الذي يقتضيه العقد، وهو صحيح بالإجماع[2].

٢ ـ الشرط الذي فيه مصلحة للعقد أو للعاقد، وإن كان العقد لا يقتضيه، وذلك كاشتراط الرهن، أو الكفيل بالثمن المؤجل في البيع[3].

٣ ـ الشرط الذي لا ينافي العقد، وإن كان ليس من مقتضاه ولا من مصلحته؛ كاشتراط منفعة المبيع مدة معلومة، أو عمل معين؛ كخياطة الثوب[4].

ب ـ **الشروط الباطلة**: وهي نوعان:

١ ـ شروط باطلة يبطل العقد معها:

١ ـ اشتراط عقد في عقد، كما لو شرط البائع أن يسلفه شيئاً، أو يزوجه، أو يؤجر له داراً، أو يبيعه شيئاً آخر[5].

٢ ـ اشتراط شرطين فاسدين أو باطلين في عقد؛ كاشتراط البائع عدم الانتفاع بالمبيع وعدم بيعه. أما الشروط الصحيحة فكما لا تؤثر في العقد وهي منفردة فلا تؤثر فيه وهي مجتمعة؛ كأن يشترط الرهن والكفيل، أو الخيار والأجل[6].

---

(١) ابن تيمية، الفتاوى (٣/ ٣٢٦).
(٢) ابن قدامة، المغني (٤/ ٢٨٥)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٣/ ١٨٩).
(٣) ابن قدامة، المرجع نفسه؛ والبهوتي، المرجع نفسه.
(٤) ابن قدامة، المرجع نفسه (٤/ ٢٨٦)؛ والبهوتي، المرجع نفسه (٣/ ١٩٠).
(٥) ابن قدامة، المرجع نفسه؛ والبهوتي، المرجع نفسه (٣/ ١٩٣).
(٦) ابن قدامة، المرجع نفسه (٤/ ٢٨٥)؛ والبهوتي، المرجع نفسه (٣/ ١٩١).

٣ ـ اشتراط ما ينافي المقصود من العقد؛ كأن يشترط البائع على المشتري ألا يملك العين المبيعة[١].

٤ ـ الشرط الذي يُعلّق البيع عليه؛ كأن يقول بعتك إن جاء زيدٌ ونحوه[٢].

٢ ـ شروط باطلة لا تبطل العقد: وهي الشروط التي تنافي مقتضى العقد، ولكن لا تلغي المقصود منه، كما لو باعه شيئاً وشرط على المشتري عدم البيع أو الهبة أو الانتفاع بالمبيع. وكذا الشرط الذي يتضمن جهالة، كما في الخيار، أو الأجل غير محدد المدة[٣].

هذا، وقد أجاز متأخرو الحنابلة كل شرط، إلا ما كان منافياً لمقتضى العقد، أو كان منافياً للشرع نفسه[٤]. قال ابن القيم (ت٧٥١هـ): «الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه، وهذا هو القول الصحيح، فإن الحكم ببطلانها حكم بالتحريم والتأثيم، ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرمه الله ورسوله... والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم الدليل على البطلان والتحريم»[٥].

○ **حكم الشرط الجزائي عند الحنابلة:**

لا شك أن الشرط الجزائي جائز عند الحنابلة، وهو يدخل في معنى الشرط الصحيح عندهم، لكونه لا ينافي مقتضى العقد، ولم يرد نص من الشرع بتحريمه. وبما أن الأصل عند الحنابلة هو حِلُّ الشروط،

---

(١) البهوتي، المرجع السابق (٣/ ١٩٣).
(٢) المرجع نفسه (٣/ ١٩٥).
(٣) ابن قدامة، المغني (٤/ ٢٨٦)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٣/ ١٩٣).
(٤) ينظر: ابن تيمية، الفتاوى (٣/ ٣٢٣ ـ ٣٤٩)؛ وابن القيم، إعلام الموقعين (١/ ٣٤٤ ـ ٣٤٥)؛ ود. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة (٢/ ٤٤٢)؛ ود. أسامة الحموي، الشرط الجزائي ص:١٤٨.
(٥) ابن القيم، إعلام الموقعين (١/ ٣٤٤ ـ ٣٤٥).

وعدم التحريم حتى يرد الدليل، فإن هذا يؤدي إلى أن كل توافق إرادي تعاقدي، أو اشتراطي، يتفق عليه بالتراضي، فهو عقد أو شرط شرعي، ما لم تمنع منه النصوص، أو يرد نهي عنه(١).

خامساً: مذهب الظاهرية:

حصر ابن حزم الشروط عند الظاهرية في قسمين صحيحة أو باطلة، والصحيحة ما ورد النص بجوازها بعينها، أو انعقد عليها الإجماع، وما سوى ذلك فهي باطلة(٢).

والشرط الباطل مبطل للعقد إن اقترن به. وعلى هذا لم يستثن الظاهرية سوى سبعة شروط وردت نصوص بصحتها وهي(٣):

١ ـ شرط الرهن في البيع إلى أجل مسمى، لقوله تعالى: ﴿وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ . . .﴾ [البقرة: ٢٨٣].

٢ ـ شرط الثمن إلى أجل مسمى، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ . . .﴾ [البقرة: ٢٨٢].

٣ ـ شرط أداء الثمن إلى الميسرة، لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ . . .﴾ [البقرة: ٢٨٠].

٤ ـ اشتراط صفات للمبيع يتراضيان عليها، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ . . .﴾ [النساء: ٢٩].

٥ ـ اشتراط أن لا خلابة، لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال له: «**بَايِعْ وَقُلْ: لَا خِلَابَةَ، ثُمَّ أَنْتَ بِالخِيَارِ**»(٤).

---

(١) د. أسامة الحموي، المرجع السابق ص: ١٥٠.

(٢) ابن حزم، المحلى (٨/ ٤١٢).

(٣) المرجع نفسه (٨/ ٤١٢ ـ ٤١٣).

(٤) أخرجه الشيخان: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب ما يكره من =

٦ ـ ٧ ـ اشتراط مال العبد أو الأمة في بيع العبد أو الأمة، واشتراط ثمن النخل المؤبر، لما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «**مَنْ بَاعَ عَبْداً وَلَهُ مَالٌ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ، وَمَن بَاعَ نَخْلاً قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمرَتُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ**»(١).

○ **أدلة الظاهرية:**

أ ـ قال الله تعالى: ﴿**يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ**...﴾ [المائدة: ١].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله عز وجل أمر بالوفاء بالعقود عامة، والشروط عقود، فلو أجزنا كل شرط للزم الوفاء به بمقتضى هذا النص، فيؤدي إلى الالتزام بما هو محرم، وهو ما لا يجوز المصير إليه بحال(٢).

ب ـ حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «**مَنْ عَمِلَ عَمَلاً لَيسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ**»(٣).

قال ابن حزم (ت٤٥٦هـ): «فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه، إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص، أو الإجماع بإلزامه باسمه أو بإباحة التزامه بعينه»(٤).

= الخداع في البيع (٣/ ٨٥)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب من يخدع في البيع (١/ ٦٦٥).

(١) أخرجه الشيخان: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشروط، باب إذا باع نخلا قد أبرت (٣/ ٢٤٧)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب من باع نخلا عليه ثمر (١/ ٦٦٩ ـ ٦٧٠).

(٢) ابن حزم، المحلى (٨/ ٤١٤).

(٣) أخرجه الشيخان: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب النجش (٢/ ٧٥٣)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور (٣/ ١٣٤٣).

(٤) علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ت٤٥٦هـ، الإحكام في أصول الأحكام ج٥ =

جـ ـ حديث بريرة عن أم المؤمنين عائشة ﵂ أن رسول الله ﷺ قال: «**أَمَّا بَعْدُ، فَمَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطاً لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللهِ، مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مَائَةَ شَرْطٍ، قَضَاءُ اللهِ أَحَقُّ، وَشَرْطُ اللهِ أَوْثَقُ**»(١).

ووجه الدلالة من الحديث أن كل عقد أو شرط لم يرد بمشروعيته بعينه نص في كتاب الله أو سُنَّة رسوله ﷺ أو الإجماع فإنه باطل، فإذا اقترن بالعقد بطل كذلك(٢).

○ **حكم الشرط الجزائي عند الظاهرية:**

بناء على موقف الظاهرية من حرية الاشتراط والتعاقد، فإنه يظهر بجلاء بطلان الشرط الجزائي عندهم، وذلك لكونه شرطاً لم يرد به نص ولا ورد به إجماع، فانطبق عليه مفهوم الشرط الباطل عندهم، فهو شرط باطل ويبطل معه العقد إذا اقترن به، وإن لم يقترن به صح العقد وبطل الشرط الجزائي فقط(٣).

○ **مناقشة مذهب الظاهرية:**

أ ـ إن استدلالهم بالآية: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١] لا وجه لهم فيه؛ ذلك أنه لو جاز الالتزام بالوفاء بكل شرط لأدى ذلك بعمومه إلى الالتزام بالشرط الباطل. وعليه فالآية دليل عليهم لا لهم؛ لأنها وردت عامة، والأصل وجوب العمل بالعام حتى يرد دليل

= (ط:١؛ بيروت: دار الآفاق الجديدة، ١٤٠٠هـ ـ ١٩٨٠م) ص:٨٠٣.

(١) أخرجه الشيخان: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشروط، باب ما يجوز من شروط المكاتب ومن اشترط شرطاً ليس في كتاب الله (٣/١٩٨ ـ ١٩٩)، ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق (١/٦٥٣).

(٢) ابن حزم، المحلى (٨/٤١٢ ـ ٤١٣)؛ والإحكام (٥/٨٠١ ـ ٨٠٢)..

(٣) د. أسامة الحموي، الشرط الجزائي ص:١٠٦.

التخصيص، ولم يوجد دليل التخصيص، فلو لم يكن الأصل في الشروط الإباحة لما كان للعموم الوارد بالآية الكريمة من فائدة، وهذا ما لا يمكن تصور وقوعه من الشارع، فدل على أن الأصل في الشروط الإباحة لا الحظر[1].

ب ـ وإن استدلالهم بقوله ﷺ: «**مَنْ عَمِلَ عَمَلاً لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ**»، فالمقصود بأمرنا هو شرع الله ﷻ، لا كما فهم الظاهرية من أنه يجب أن يرد نص خاص بالعقد أو الشرط من المشرع حتى يكون جائزاً، ولذلك فإن عدم ورود دليل يحرّم الشرط، أو العقد بعينه كافٍ في الدلالة على الحل والجواز، ثم إنه ليس كل عمل لم يرد عن الشارع ما يدل على جوازه بعينه يكون مردوداً وباطلاً، بل المقصود إنما هو العمل الذي يخالف الشرع[2].

جـ ـ وأما استدلالهم بقوله ﷺ: «... **مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مَائَةَ شَرْطٍ**...»، فإنه غير مسلّم به؛ ذلك أن المقصود بكتاب الله هو شرع الله تعالى وما اشتمل عليه من أصول تشريعية وقواعد لا خصوص القرآن والإجماع[3].

د ـ إن الاقتصار على عقود معينة وشروط محددة في القرآن والسُّنَّة وإجماع الصحابة يوقع الناس في حرج شديد، ويقيد حركة التعامل بينهم والتي تتجدد باستمرار.

وعلى هذا فرأي الظاهرية لا يتفق مع مصالح الناس وحاجاتهم، ويضيق عليهم في معاملاتهم بما يلحق بهم الحرج والمشقة، كما أن هذا الرأي يتنافى ومقاصد الشريعة في أحكام المعاملات المبنية على اليسر

---

(١) د. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة (٢/ ٤١٩).

(٢) د. حسن الشاذلي، نظرية الشرط ص:٢٦.

(٣) د. أسامة الحموي، المرجع السابق ص:١٠٧.

ورفع الحرج ومراعاة مصالح الناس[1].

النتيجة في حكم الشرط الجزائي عند الأئمة الأربعة:

لقد رأينا من خلال الشروط التقييدية المقترنة بالعقد صحة وبطلاناً عند الفقهاء، أنهم يتفقون على عدم صحة الشروط التي فيها غرر أو جهالة، أو الشروط التي تتضمن ربا، أو التي تنافي مقتضى العقد وتلغي حكمه، أو باطلة لمخالفة حكم الشارع في نص من النصوص أو الإجماع، أو لكونها تعارض قاعدة عامة من قواعد الشرع[2].

والشرط الجزائي ليس داخلاً بشكل عام في أي ضابط، أو وصف من هذه الأوصاف والضوابط المذكورة، فهو لا يعارض نصاً من نصوص الشارع، ولا ورد بشأنه إجماع يحرمه، كما أن الشرط الجزائي لا ينافي مقتضى العقد، فما هو إلا تعويض عن عدم تنفيذ العقد، أو التأخر فيه، بل فيه مصلحة للعقد وللعاقد الدائن، فهو يدفع المتعاقد المدين على تنفيذ العقد، والقيام بما التزم به على الوجه الكامل[3].

والشرط الجزائي بشكل عام لا يتضمن ربا في معظم صوره باستثناء حالة واحدة، وهي مستثناة من الحِلِّ والمشروعية، وهي حالة ما إذا كان الشرط الجزائي نقوداً، ومحل الالتزام نقود أيضاً، ففي هذه الحالة إذا استحق الشرط الجزائي بسبب التأخير في تنفيذ العقد أو الالتزام، فهو ربا النسيئة المحرم[4].

فالشرط الجزائي شرط جائز ومشروع، وهو شرط صحيح عند عامة الأئمة الأربعة؛ لأنه شرط مقترن بالعقد، جرى به العرف، وفيه مصلحة

---

(١) د. أسامة الحموي، المرجع السابق ص:١٠٦ ـ ١٠٨.

(٢) المرجع نفسه ص:١٥٤.

(٣) المرجع نفسه ص:١٥٤ ـ ١٥٥.

(٤) المرجع نفسه ص:١٥٥.

للعقد، وهو شرط ملائم للعقد، ولذلك فهو شرط صحيح عند الحنفية لجريان العرف به، وصحيح عند الشافعية؛ لأن فيه مصلحة للعقد، وصحيح عند المالكية؛ لأن فيه مصلحة للعقد، ولأنه شرط ملائم(١)، لم يرد بإلغائه وتحريمه أو جوازه نص خاص، فهو ملائم مرسل، وهو جائز وصحيح من باب أولى عند الحنابلة الذين لا يحرمون إلا الشروط التي ورد بتحريمها نص أو التي تنافي مقتضى العقد(٢).

والشرط الجزائي باطل عند الظاهرية الذين لا يجيزون في الشروط إلا ما ورد به نص أو إجماع، وإن القول بجواز الشرط الجزائي هو الذي يتفق مع روح الشريعة ومقاصدها العامة التي رفعت الحرج عن الناس، ورفعت عنهم الضرر والضرار، وأوجبت عليهم الوفاء بالعقود والشروط، ويوافق ما تعارف عليه الناس ليدفع عنهم الحرج في معاملاتهم ومعايشهم(٣).

وقد أصدر مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية فتوى شرعية بجواز الشرط الجزائي في دورته الخامسة التي انعقدت فيما بين ٥ ـ ٢٢ شعبان ١٣٩٤هـ بمدينة الطائف، وقد جاء في هذه الفتوى ما يلي(٤):

---

(١) الملائم المرسل: هو الوصف الذي لا يشهد له نص من الشارع بالإلغاء أو الاعتبار، وقد اختلف الفقهاء في بناء الحكم عليه، فالمالكية والحنابلة أخذوا به واعتبروه حجة في بناء الأحكام عليه وسموه بالمصالح المرسلة، أما الحنفية والشافعية فلم يأخذوا به. (ينظر: محمد أبو زهرة، أصول الفقه ص:٢٢٦ ـ ٢٢٧).

(٢) د. أسامة الحموي، الشرط الجزائي ص:١٥٥.

(٣) المرجع نفسه ص:١٥٦.

(٤) الهيئة العامة لإدارة البحوث العلمية والإفتاء، مجلة البحوث الإسلامية، الرياض، المجلد (١)، العدد (٢)، عام ١٩٩٥م، ص:١٤٣.

«إن المجلس يقرر بالإجماع أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر، يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً، فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول، وإذا كان الشرط الجزائي كثيراً بحيث يراد به التهديد المالي، ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية، فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة، ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر. . .»[1].

ثانياً: موقف القانون من الشروط المقترنة بالعقد والشرط الجزائي:

إن كل شرط مقترن بالعقد يشترطه المتعاقدان هو شرط صحيح في القانون، وملزم لمن التزم به، ما لم يكن الشرط منافياً لمقتضى العقد، أو حكمه الأصلي، وما لم يكن مخالفاً للقانون، أو النظام العام والآداب، أو كان شرطاً مستحيلاً فيكون باطلاً. فالشرط الباطل في القانون هو الشرط المخالف لقواعد النظام العام، أو الآداب العامة للمجتمع، والشرط المنافي لمقتضى العقد وموجبه، والشرط المستحيل[2].

فالقانون يطلق الحرية للناس في شروطهم، ولا يقيدها إلا بعدم مخالفة الحكم الأصلي للعقد، أو النظام العام والآداب.

وقواعد النظام العام: هي القوانين التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية كانت أو اقتصادية أم اجتماعية.

أما قواعد الآداب العامة للمجتمع، فهي مجموعة العادات التي

(١) د. أسامة الحموي، المرجع السابق ص: ١٥٧.
(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق (٣/ ١٧٥).

وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية[1].

ومن هنا فإن القانون يتفق في الجملة مع الاجتهاد الحنبلي الذي يرى أن الأصل في الشروط الجواز والصحة ما لم يخالف نصاً، أو إجماعاً سواء وافق مقتضى العقد أم خالفه. كما أن الشرط المستحيل باطل شرعاً وغير معتبر للقاعدة الفقهية التي تقضي بأن «ما لا يصح في حكم العقل لا يقع في الشرع»[2].

وموقف القانون يخالف رأي جمهور الفقهاء (الحنفية، والمالكية، والشافعية) الذين يرون أن الأصل فساد الشروط التي تخالف مقتضى العقد، وأنه لا يصح شرط منها إلا بدليل من نص أو إجماع أو قياس[3].

وإذا كان رأي المذاهب الأربعة يقضي بجواز الشرط الجزائي باستثناء حالة ما إذا كان الشرط الجزائي نقوداً، ومحل الالتزام نقود أيضاً، ففي هذه الحالة إذا استحق الشرط الجزائي بسبب التأخير في تنفيذ العقد أو الالتزام، فهو ربا النسيئة المحرم. وفي هذه الحالة يختلف الفقه الإسلامي الذي يحرم الربا بكافة أشكاله وصوره عن القانون، الذي أجاز الربا هنا بنسيئة معينة بحسب ما رآه المشرع الوضعي، وأسماه في هذه الحالة فوائد التأخير[4].

ثالثاً: التكييف الفقهي للشرط الجزائي:

تبين من خلال دراسة الشرط الجزائي في القانون أنه عبارة عن

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد ص: ٤٩٢.
(٢) د. أسامة الحموي، الشرط الجزائي ص: ١٥٩ ـ ١٦٠.
(٣) المرجع نفسه ص: ١٦٠.
(٤) المرجع نفسه ص: ١٥٥.

تعويض مالي عن ضرر لحق بالدائن، وهذا التعويض المالي يسميه فقهاء الشريعة الإسلامية بالضمان، وقد استعمل فقهاؤنا الضمان بمعنيين:

الأول: بمعنى الكفالة، وهي ضم ذمة إلى أخرى في المطالبة(١).

الثاني: الالتزام بتعويض الغير عن ضرر أصابه(٢).

وفي العصر الحديث عرفه مصطفى الزرقا (ت١٤٢٠هـ): بأنه «التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير»(٣). وعرفه د. وهبة الزحيلي: «التزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال، أو ضياع المنافع، أو الضرر الجزئي، أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية»(٤).

ومن خلال التأمل في هذه التعريفات لمعنى الضمان يتبين مدى التركيز على الضرر، وكونه السبب الموجب للضمان والتعويض.

وإذا أخذنا ما سبق بعين الاعتبار ودعمناه بحديث عبادة بن الصامت ﷺ وفيه قول الرسول ﷺ: **«لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارٌ»**(٥) أدركنا أن هذا الحديث يعد القاعدة الأساسية في الضمان والتعويض.

وقد ذكر فقهاؤنا الكثير من أسباب الضمان في مواقع متعددة من الأبواب الفقهية فذكروا منها: الإتلاف، والحيلولة بين المال وصاحبه، والغصب، والعقد والشرط، والتسبب وغير ذلك(٦).

وقد جمع د. وهبة الزحيلي أسباب الضمان في ثلاثة هي: العقد،

---

(١) ابن قدامة، المغني (٥/ ٧٠)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ١٩٨).

(٢) الشوكاني، نيل الأوطار (٥/ ٢٥٣).

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي العام (٣/ ١٠٣٢).

(٤) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان ص:١٦.

(٥) الحديث سبق تخريجه.

(٦) ابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٣٤٩)؛ والقرافي، الفروق (٢/ ٢٠٦ وما بعدها)، والعز بن عبد السلام، قواعد الأحكام (٢/ ١٥٤).

ووضع اليد، والإتلاف[1].

واختزلها الكاساني (ت٥٨٧هـ) في سببين هما: الالتزام والإتلاف، حيث يقول: الضمان في الشرع إنما يجب بالالتزام أو بالإتلاف»[2].

وبالتأمل في أسباب الضمان يظهر أن العقد أو الالتزام سبب من أسباب الضمان أو التعويض. وضمان العقد هو: هو الالتزام بتعويض الضرر الناتج عن إخلال العاقد بالتزامات العقد، سواء كانت هذه الالتزامات مما تقتضيها طبيعة العقد، أو شرط من شروطه، ويشرح د. وهبة الزحيلي هذا الباب قائلاً[3]: «أما العقد فهو مصدر للضمان إذا نص فيه صراحة على شرط من الشروط، أو كان الشرط مفهوما ضمناً حسب العرف والعادة، ثم أخل العاقد بما تقتضيه طبيعة العقد، أو يتطلبه الشرط، فلم يقم بتنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه، ويمضي بالقول ـ وأساس الالتزام بتنفيذ مقتضى العقد وشروطه والمسؤولية في الإخلال بها قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ. . .﴾ [المائدة: ١]، وقول الرسول ﷺ: «**الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطاً حَرَّمَ حَلَالاً، أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً**»[4].

ومن قواعد فقهاء الحنفية والمالكية قولهم: «يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان»[5]. والشرط متى أمكن مراعاته، وتحققت له فائدة، وجب اعتباره، وكان الإخلال به موجباً للضمان أو التعويض.

---

(١) د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق ص: ٦٥ وما بعدها.
(٢) الكاساني، بدائع الصنائع (٢/ ٢٨٣).
(٣) د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق ص: ٦٥ وما بعدها.
(٤) أخرجه: الترمذي، الجامع الصحيح، كتاب الأحكام (٣/ ٦٣٤) من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده؛ وأبو داود، السنن، كتاب الأقضية، باب في الصلح (٣/ ٣٠٤) بلفظ قريب.
(٥) أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية: ص٤١٩.

والشرط الجزائي ـ كما سبق وتقدم ـ قد أصبح اليوم من الشروط التي لا يخلو منها عقد من العقود في كثير من الأحيان، فقد أصبح معروفاً لدى رجال الأعمال، وأساس تنفيذ الشرط المتعارف عليه ما قرره الفقهاء من القواعد الآتية: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»[1]، و«المعروف بين التجار؛ كالمشروط بينهم»[2] و«التعيين بالعرف؛ كالتعيين النص»[3].

وبهذا يمكن القول بأن ضمان العقد أمر قرره الفقهاء، وبناء على ما سبق من اعتماد رأي من ذهبوا إلى اعتبار الشروط التي تعد من مصلحة العقد والعاقدين، والذين يرون أن الأصل في الشروط الحل والإباحة، إلا ما حرمه الشارع، وأيضاً الذين يرون أن الأصل في تصحيح الشرط الذي جرى العرف والعادة به، ولكل ذلك يظهر ـ والله أعلم ـ أن الشرط الجزائي شرط تقييدي مقترن بالعقد، فهو صحيح، ويجب الوفاء به، ومراعاته، ويعتبر الإخلال به سبباً موجباً للتعويض المالي ـ الضمان ـ المتفق عليه بين المتعاقدين وهذا طبعاً إذا لم يكن في الشرط محظور؛ كالوقوع بالربا.

وبالإضافة لكل ما سبق ذكره يستأنس بالآتي:

١ ـ ما روي عن ابن سيرين (ت١١٠هـ): أن رجلاً قال لكريِّه: رحِّل ركابك فإن لم أرحل معك اليوم كذا وكذا فلك مائة درهم، فلم يخرج فقال شريح (ت٧٨هـ): من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه، وقال أيوب عن ابن سيرين: إن رجلاً باع طعاماً وقال: إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع، فلم يجيء فقال شريح للمشتري: أنت

---

(١) علي حيدر، درر الحكام (١/ ٤٦) المادة (٤٣) من مجلة الأحكام العدلية.
(٢) المرجع نفسه، المادة (٤٤).
(٣) المرجع نفسه، المادة (٤٥).

أخلفت فقضى عليه[1].

٢ ـ أجاز أحمد بن حنبل (ت٢٤١هـ) بيع العربون، وهو أن يشتري السلعة ويدفع مبلغاً من المال على أنه إن أخذ السلعة أحتسب من الثمن، وإن لم يأخذ فهو للبائع[2]، فيمكن أن يقال: إن الشرط الجزائي يشبه العربون في أنَّ كُلّاً منهما شرط يوجب على من أخلَّ بالشرط عقوبة مالية، أو تعويضاً يجري تعيينه قبل حصول ذلك[3].

٣ ـ مسألة ما إذا أعطى الرجل الخياط ثوبه فقال له: إن خطته اليوم فبعشرة، وإن خطته غداً فبتسعة، فهي صحيحة على إحدى الروايتين[4].

٤ ـ مسألة ما إذا أكرى لأحد الناس دابة فقال: إن رددتها اليوم فكراؤها خمسة، وإن رددتها غداً فكراؤها عشرة، قال أحمد (ت٢٤١هـ) ـ في رواية عبد الله ـ: لا بأس به[5].

فعلى رأي القائلين بصحة العقد في المسألتين يكونون قد صححوا اقتطاع جزء من كامل الأجرة جزاء التأخير، وهذا يشبه الشرط الجزائي من حيث إنَّ كُلّاً منهما يوجب على المتسبب في الإخلال بالاتفاق غرامة يجري تقديرها سلفاً في مبدأ العقد[6].

---

(١) البخاري، الجامع الصحيح (٣/ ٢٥٩) «تعليقا».

(٢) ابن قدامة، المغني (٤/ ٢٣٢ ـ ٢٣٣).

(٣) د. زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص:١٦٤؛ ود. أسامة الحموي، الشرط الجزائي ص:١٨٨.

(٤) المرداوي، الإنصاف (٦/ ١٨).

(٥) المرجع نفسه (٦/ ٢٠).

(٦) القرار رقم (٢٥) المؤرخ في ٢١/ ٨/ ١٣٩٤هـ في الدورة الرابعة لهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية بمدينة الطائف، بواسطة: عبد الله بن سليمان بن منيع، «بحث في أن مطل الغني ظلم يحل عقوبته وعرضه» مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، عدد (١٢) السنة (٣)، رجب ١٤١٢هـ ـ يناير ١٩٩٢م) ص:٢٠.

٥ ـ ما ورد في الفتاوى لابن تيمية (ت٧٢٨هـ): «رجل عليه مال، ولم يوفه حتى شكى رب المال، وغرم[١] عليه مالاً، وكان الذي عليه الحق قادراً على الوفاء، ومطل حتى أحوج مالكه إلى الشكوى فما غرم بسبب ذلك، فهو على الظالم المماطل إذا غرمه على وجه المعتاد»[٢]، وهذه المسألة تدل على مسؤولية الطرف المتراخي في تنفيذ العقد عن الضرر الناشئ عن ذلك.

٦ ـ إن في تصحيح الشرط الجزائي سدّ لأبواب الفوضى، والتلاعب بحقوق العباد، وسبب مهم من أسباب التحفيز والدفع للوفاء بالعهود والعقود، وصيانة لأموال الناس، ومنعاً للضرر عن الآخرين.

وقد يقول قائل: إن الشرط الجزائي ربما يكون فاحشاً لا يناسب، ولا يقارب الضرر الذي ألمَّ بالدائن بحيث يراد به التهديد المالي، وقد يكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية.

والجواب: أنه يجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من المنفعة، أو ألحق من مضرة، ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي والاستعانة بأهل الخبرة والنظر عملاً بقول الله تعالى: ﴿**وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِۚ**...﴾ [النساء: ٥٨]، وقوله سبحانه: ﴿**وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَـَٔانُ قَوْمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعْدِلُواْۚ ٱعْدِلُواْ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰۖ**...﴾ [المائدة: ٨]، وقوله ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارٌ**»[٣]

---

(١) غرم غراماً، وغرامة: لزمه ما لا يجب عليه، وغرمه: أغرمه، وألزمه تأدية الغرامة، والغرامة: الخسارة، وفي المال: ما يلزم أداؤه تأديباً أو تعويضاً، يقال: حكم القاضي على فلان بالغرامة (د. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط: ٢/ ٦٧٥).

(٢) ابن تيمية، مختصر الفتاوى ص: ٣٤٦.

(٣) الحديث سبق تخريجه.

رابعاً: أدلة مشروعية الشرط الجزائي:

لقد سبق بيان أن الشرط الجزائي شرط مقترن بالعقد وهو شرط صحيح عند جمهور الفقهاء، وإذا كان كذلك فلا بد من وجود أدلة تثبت مشروعيته. والظاهر أن الفقهاء السابقين لم يتكلموا بشكل مباشر وصريح عن التعويض أو الضمان في الضرر الناتج عن عدم الوفاء بموجب العقد، أو التأخير فيه كفوات ربح أو لحوق خسارة، الذي يشكل في جوهره موضوع الشرط الجزائي. وإنما تكلموا عن التعويض في مقابلة الضرر الناشئ من هلاك الأعيان المملوكة. كما أن موضوع الشرط الجزائي لم يكن له من الأهمية والتأثير في التعامل بين الناس كما هو عليه الآن. وقد أشار د. صبحي المحمصاني[(١)] (ت١٤٠٧هـ) إلى أن الفقهاء لم يبحثوا هذا الموضوع ـ أيضاً ـ لما فيه من شبهة الربا فيقول: «لم يبحث الفقهاء في التعويض مما يسببه التأخير في تنفيذ الالتزام من ضرر أو خسارة، أو فوات ربح، لما في ذلك على ما نعتقد من معنى الربا المحرم في الشريعة الإسلامية، وهذا ما يفسر سكوت المجلة عن هذه المسألة أيضاً»[(٢)].

---

(١) هو صبحي بن محمد رجب المحمصاني، قاض، نائب، باحث قانوني، ولد ببيروت عام ١٣٢٤هـ، نال الدكتوراه من فرنسا، وترقى في مناصب قضائية عالية، وتفرغ للعمل العلمي والتأليف والبحث إلى أن توفي. من آثاره: فلسفة التشريع في الإسلام، مقدمة في إحياء علوم الشريعة، النظرية العامة للموجبات والعقود، والقانون والعلاقات الدولية في الإسلام. (محمد خير رمضان يوسف، تكملة معجم المؤلفين ص:٢٤٣).

(٢) د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية (ط:٣؛ بيروت: دار العلم للملايين، ١٩٨٣م) ص:٥٠٦؛ وينظر: مصطفى الزرقا، المقال السابق ص:٩٠؛ ود. أسامة الحموي، الشرط الجزائي ص:١٦٣ ـ ١٦٤.

وبناء على ما سبق بيانه من موقف جمهور الفقهاء من مشروعية الشرط الجزائي فإنه **يمكن عرض أدلة هذا الحكم كالآتي**:

أ ـ من الكتاب:

١ ـ قال الله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوٓا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾ [المائدة: ١].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أنها توجب الوفاء بالعقود وبما نتج عنها من التزامات، والشرط عقد، فالآية الكريمة نص يجعل الوفاء بما أنشأه العقد الصحيح من آثار حقوقية بين العاقدين أمراً واجباً، بمقتضى أن الأمر يفيد الوجوب ما لم تدل قرينة على غير ذلك، والوفاء بالعقد يدخل فيه لزوم التقيد بمواعيد الوفاء، إذ لا يقل ميعاد الوفاء أهمية عن أصل الوفاء، وينتج عن ذلك أن تأخير الوفاء عن ميعاده دون رضا صاحب الحق، يجعل العاقد المتخلف في مركز التقصير الذي يسبب حرمان صاحب الحق من التمتع بحقه والاستفادة المشروعة منه، وهذا الحرمان بلا مسوغ يعتبر ضرراً يجعل المتسبب فيه مسؤولاً(١).

فالآية الكريمة تأمر بالوفاء بالعقود، وبما فيها من التزامات، وما تضمنته من شروط، طالما كان التعاقد في حدود الشرع، فما دام المتعاقدان قد اتفقا على أمر ما، فإن عليهما الوفاء بما التزما به، وإذا ما أخل أحدهما بالتزامه ولحق الآخر ضرر، فإن المسؤولية تثور لمخالفة أمر الله تعالى في الآية، وهذا تعد يستوجب التعويض(٢).

---

(١) مصطفى أحمد الزرقا «هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟» مجلة جامعة الملك عبد العزيز: أبحاث في الاقتصاد الإسلامي (جدة: مركز النشر العلمي بجامعة الملك عبد العزيز، عدد (٢) مجلد (٢)، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م) ص: ٩١.

(٢) د. محمد سراج، ضمان العدوان ص: ٧٨؛ ود. أسامة الحموي، الشرط الجزائي ص: ١٦٥ ـ ١٦٦.

٢ ـ قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ...﴾ [النساء: ٥٨].

ووجه الدلالة بهذه الآية أن الله تعالى أوجب أداء الأمانات بصريح الأمر، وهذا يستلزم شغل الذمة به، وإلا كان توجّب الخطاب بالطلب في غير مطلوب، وهذا لا يتصور، وشغل الذمة مما يتحقق به الضمان الذي يستوجب الأداء، وعلى هذا فالضمان بنوعيه، الإتلاف وضمان العقد يشمله عموم الآية الكريمة من حيث شغل الذمة به، ووجوب أدائه عند تحقيق شرطه، فالآية بذلك تشمل ضمان الأضرار الناتجة عن عدم تنفيذ الالتزام؛ لأنه من ضمان العقد(١).

٣ ـ قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ...﴾ [النحل: ٩٠]، وقال أيضاً: ﴿...وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ...﴾ [النساء: ٥٨].

ووجه الدلالة أن المولى ﷻ يأمر بالعدل ويوجبه، والعدل هنا يشمل عدل الحكام في سلطتهم على الرعية، وعدل الأفراد من أنفسهم بينهم وبين ذوي العلاقة في الحقوق والمعاملات، ولا شك أن أول خطوة في العدل هي أن يؤدي الإنسان ما عليه من حقوق لأربابها في مواعيدها، وإلا كان غير عادل، ومن تجنب العدل كان ظالماً، وقد وصف النبي ﷺ الغني المماطل بقوله: «**مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ**»(٢).

وإن كل ظالم إذا أدى ظلمه إلى إلحاق ضرر بغيره؛ كأن مسؤولاً عن ذلك الضرر، ومقتضى العدل المأمور به رفع الضرر الذي يلحقه المدين بالدائن أيا كان منشؤه(٣).

---

(١) د. محمد فتحي الدريني، النظريات الفقهية ص:١٩٧ ـ ١٩٨؛ ود. أسامة الحموي، المرجع نفسه ص:١٦٦.

(٢) الحديث سبق تخريجه.

(٣) د. أسامة الحموي، المرجع السابق ص:١٦٨.

٤ ـ قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ...﴾ [البقرة: ١٨٨].

ووجه الدلالة أن الآية الكريمة نهت عن أكل أموال الناس بالطريق غير المشروع. والمال يشمل المنافع عند جمهور الفقهاء غير الحنفية، ولا شك أن تأخير أداء الحق عن موعده بلا عذر شرعي، هو أكل لمنفعة الحق أو المال بلا إذن صاحبه مدة التأخير، ويستوجب مسؤولية الآكل، ولا تكون المسؤولية هنا إلا بضمان الضرر الذي لحق بالدائن من جراء أكل المدين لمنافع حقه[1].

ب ـ من السُّنَّة:

١ ـ حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**»[2].

ووجه الدلالة من الحديث أنه يفيد أن المرء مسؤول عن نتائج فعله إذا أدى إلى إحداث ضرر، وهو إلحاق المفسدة بالغير، والضرار هو مقابلة الضرر بالضرر[3].

ذلك أن الحديث يستلزم لفهمه وجوب الضمان من جهة أن الحديث لم يرد لنفي الضرر في الواقع المحسوس، وإنما أريد به التنبيه إلى اتخاذ الأسباب المانعة من الإضرار بالغير، وإيجاب الضمان على من أوقعه فإنه لا طريق إلى إزالة الضرر الواقع إلا بإيجاب الضمان تداركاً لهذا الضرر[4].

وعليه فإن ضمان الأضرار الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزامات

---

(١) مصطفى الزرقا، المقال السابق ص: ٩٢.

(٢) الحديث سبق تخريجه.

(٣) أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية ص: ١٦٥؛ ومصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام (٢/ ٩٧٧).

(٤) د. أسامة الحموي، المرجع السابق ص: ١٧١.

والعقود أو التأخر فيها، إذا كان مشروعاً بدلالة العموم الوارد في الحديث فإن المتعاقدين إذا اتفقوا على هذا الضمان مسبقاً في العقد قبل وقوعه جائز؛ لأنه يوافق الشرع، وهذا هو الشرط الجزائي[1].

٢ ـ حديث أبي هريرة رضي الله عنه أنّ رسول الله ﷺ قال: «**مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ**»[2]، وحديث عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبي ﷺ قال: «**لَيُّ الوَاجِدِ ظُلْمٌ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ**»[3].

ويفيد هذان الحديثان أن المدين إذا كان قادراً على الوفاء بدينه أو التزامه فماطل الدائن فلم يف بالتزاماته وديونه، ولم ينفذها أو تأخر في التنفيذ، فإن عمله هذا ظلم ويجب ردّه إن أمكن، ولا يمكن رده ورفع الضرر إلا بالتعويض للدائن عن الأضرار التي لحقته[4].

وإن الشرط الجزائي غالباً ما يُبرم ليحول دون مماطلة المدين المليء بحيث يدفعه إلى الوفاء بما التزم به، فهو وسيلة للضغط عليه في

---

(١) د. أسامة الحموي، المرجع السابق ص: ١٧٢.

(٢) الحديث سبق تخريجه.

(٣) أخرجه: أبو داود، السنن، كتاب الأقضية، باب في الحبس في الدين وغيره (٣/ ٣١٣)؛ وابن ماجه، السنن، كتاب الصدقات، باب الحبس في الدين والملازمة (٢/ ٨١١)؛ والنسائي، السنن الكبرى (٤/ ٥٩)؛ والبيهقي، السنن الكبرى (٦/ ٥١)؛ وأحمد، المسند (٤/ ٢٢٢، ٣٨٨، ٣٨٩)؛ قال الشوكاني ت١٢٥٠هـ: أخرجه أيضاً: البيهقي والحاكم وابن حبان، وصححه وعلقه البخاري... قال في الفتح: وإسناده حسن (الشوكاني، نيل الأوطار ٥/ ٢٥٥)، وقال الألباني: حسن أخرجه: أبو داود والنسائي وابن ماجه والطحاوي في المشكل وابن حبان والحاكم والبيهقي وأحمد... وقال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي... وقد علقه البخاري في صحيحه، وقال الحافظ في الفتح: ووصله أحمد وإسحاق في مسنديهما وأبو داود والنسائي وإسناده حسن. (الألباني، إرواء الغليل ٥/ ٢٥٩ ـ ٢٦٠).

(٤) د. أسامة الحموي، المرجع السابق ص: ١٧٤ ـ ١٧٥.

مقابل سوء نيته، أو إهماله حتى يقوم بتنفيذ الالتزامات التي وجبت عليه، والوفاء بها في المواعيد التي اتفق عليها مع الدائن(١).

ثم إن في الشرط الجزائي رفعاً للظلم باتفاق الطرفين قبل وقوعه، ودون اللجوء إلى القضاء لاستعمال الإكراه البدني على التنفيذ.

٣ ـ حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحاً حَرَّمَ حَلَالاً أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً**»(٢).

ووجه الدلالة بالحديث أنه يدل على صحة جميع الشروط التي يتفق المتعاقدان عليها، ولا يستثنى منها إلا الشرط الذي يحل الحرام، أو الذي يحرم الحلال، والشرط الجزائي غير داخل في هذا الاستثناء فبقي على أصل الجواز(٣).

---

(١) د. الرويشد، الشرط الجزائي ص:٧١٠ ـ ٧١١ بواسطة: د. أسامة الحموي، المرجع السابق ص:١٧٦.

(٢) أخرجه: أبو داود، السنن، كتاب الأقضية، باب في الصلح (٣/ ٣٠٤)؛ وابن ماجه، السنن، كتاب الأحكام، باب الصلح (٢/ ٧٨٨) من حديث عمرو بن عوف عن أبيه عن جده؛ والترمذي، الجامع الصحيح، كتاب الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس (٣/ ٦٣٤) من حديث عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده وزاد فيه: «**والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً**»، وقال أبو عيسى: «هذا حديث حسن صحيح»؛ والحاكم، المستدرك على الصحيحين (٤/ ١١٣)؛ وابن حبان، صحيح ابن حبان (١١/ ٤٨٨). قال الإمام الشوكاني (ت١٢٥٠هـ): أخرجه أيضاً: الحاكم وابن حبان وفي إسناده كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه وهو ضعيف جداً. وبعد أن ساق عدة طرق للحديث خلص إلى القول: «ولا يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسناً». (الشوكاني، نيل الأوطار: ٥/ ٢٥٤ ـ ٢٥٥).

(٣) د. أسامة الحموي، المرجع السابق ص:١٧٦.

جـ ـ العرف:

لقد درج عرف الناس في عقودهم ومعاملاتهم في هذه الأيام على اللجوء إلى الشرط الجزائي بكثرة، فمن النادر أن نجد عقداً بين الناس يخلو من الشرط الجزائي، وخصوصاً عقود المقاولات، وعقود التوريد، والاستصناع بطريق الإيصاء على المصنوعات من المصانع، وعقود المتعهد بتقديم لوازم المواد الأولية إلى الدوائر الحكومية، والشركات، والمعامل، والمدارس وغير ذلك.

ولذلك نستطيع القول بجواز الشرط الجزائي وشرعيته بناء على العرف؛ كمصدر تشريعي من مصادر شرعية الأحكام في الفقه الإسلامي، ما دام هذا الشرط لا يصادم نصاً من نصوص الشارع، ولا يصادم قواعد الشريعة(١).

د ـ المصلحة:

اتفق الفقهاء فيما بينهم على صحة الشرط الذي فيه مصلحة للعقد، كما رأينا سابقاً أثناء عرض موقفهم من ضابط الشرط الصحيح والباطل، فالشرط الذي فيه مصلحة للعقد، ويؤكد موجبه كالكفالة والرهن والشهادة شرط صحيح، وعلى هذا يمكننا القول بصحة الشرط الجزائي ومشروعيته؛ لأن في الشرط الجزائي مصلحة للعقد، فهو كالرهن والكفالة يؤكد موجب العقد، ويضمن تنفيذه(٢).

وعلى هذا نخلص إلى أن الشرط الجزائي إذا كان متعلقاً بعدم تنفيذ عمل أو التأخر فيه فإنه جائز شرعاً، وهذا يصدق على النوع الأول من أنواع الشرط الجزائي. أما النوع الثاني والذي يكون محل الشرط الجزائي فيه ديناً فإنه محل نظر.

---

(١) د. أسامة الحموي، المرجع السابق ص:١٧٧.

(٢) المرجع نفسه ص:١٨٠.

دور الشرط الجزائي في حماية الديون وموقف الفقهاء منه

إن أهمية نظام المداينة للحياة الاقتصادية الناجعة، وشدة عناية الشريعة بحماية هذا النظام يستتبعان النظر بجدية بالغة إلى كل عقبة تهدد نظام المداينات، والبحث عن وسائل للتغلب عليها. والمماطلة في أداء الديون من قبل المدينين الموسرين؛ أي: القادرين على السداد تضعف الثقة في المداينات وتزيد تكاليف استيفاء الديون. ويزيد من خطورة المماطلة أن الشريعة الإسلامية تُحرم الربا، فلا تسمح بتحميل المدين فوائد لتأخره في سداد دينه، ويغدو من الضروري في النظام الإسلامي استخدام طرق أخرى في زجر المماطلين.

ومما يزيد من خطورة المماطلة في العصر الحاضر، شدة التشابك بين الحقوق والالتزامات. كما أن طول إجراءات التقاضي واحتمالات التسويف الواسعة في ظل نظم المرافعات الحالية وتراكم القضايا لدى المحاكم أحياناً بحيث يؤدي كل ذلك إلى جعل الضرر الواقع على الدائن أو خسارته من تأخير الوفاء جسيماً[(١)].

وعلى هذا يجدر مناقشة التدابير الشرعية الوقائية لردع المدين الموسر عن الإقدام على المماطلة في أداء الدين. وإن اقتراح الشرط الجزائي المتفق عليه مسبقاً بين المتعاقدين يحتاج فعلاً إلى مناقشة وبيان، وهذا ما سنوضحه في الفرعين التاليين:

---

(١) مصطفى أحمد الزرقا «هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟» مجلة جامعة الملك عبد العزيز: أبحاث في الاقتصاد الإسلامي (جدة: مركز النشر العلمي بجامعة الملك عبد العزيز، عدد (٢) مجلد (٢)، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م) ص: ٩٠.

* **الفرع الأول: دور الشرط الجزائي في حماية الديون**

إن الشرط الجزائي يهدف إلى حماية الدَّين من خلال حفظ حقوق الدائن ليستوفيها في آجالها المتفق عليها. وعلى هذا فإن هذا الشرط يحقق جملة من الأغراض أهمها ما يلي:

١ ـ تدعيم الحرص على ضمان تنفيذ الالتزام في موعده المحدد وعدم الإخلال به؛ لأن الشرط بما يفرض من غرامة (عقوبة) على المدين عند التخلف، أو التأخر فيه من شأنه أن يدفع المدين إلى الوفاء بما التزم به، ولا شك أن في هذا الشرط مؤيداً قانونياً وزجراً لمن تسول له نفسه التلاعب بالالتزامات[(١)]، ولا بد من الإشارة هنا إلى أن الإسلام قد جعل من الضمير الديني ـ الخوف من الله ـ مؤيداً عقدياً يحفز الإنسان إلى القيام بالتزاماته تحقيقاً لقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ . . .﴾ [المائدة: ١][(٢)].

٢ ـ تجنيب المتعاقدين اللجوء إلى الإجراءات القضائية الطويلة ذات التكاليف المالية الكثيرة؛ ففي الشرط الجزائي توفير للمال والوقت، ووسيلة أساسية لحفظ أموال الناس من الضياع، وهذا الحفظ مما اعتنت به الشريعة الإسلامية أشد العناية، حيث اعتبرته أحد الضروريات الخمس التي قامت عليها مصالح الناس، وأمرت الشريعة بحفظ المال ورعايته[(٣)].

---

(١) تعليق د. زكي الدين شعبان على بحث الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا: هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي (جدة: المجلد (١)، ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٩م) ص:١٩٩.

(٢) د. أسامة الحموي، الشرط الجزائي ص:٥٥؛ ود. محمد عثمان شبير، صيانة المديونات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، ضمن كتاب: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، مرجع سابق (٢/ ٨٥٧).

(٣) مصطفى أحمد الزرقا «هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض =

٣ ـ إبعاد القضاء عن تقدير التعويض المترتب على الضرر الذي يلحق بالدائن نتيجة إخلال المدين بتنفيذ التزاماته نحو الدائن، ومن ثم فالشرط الجزائي يحول دون القاضي والقانون، وما يمكن أن يكون منهما من تعسف، والمتعاقدان بالشرط هما اللذان يمكنهما أن يقدِّرا التعويض المناسب للضرر الناجم عن الإخلال بالالتزام، وإن أجيز للقضاء التدخل في تقدير التعويض فعلى نطاق ضيق جداً[١].

٤ ـ التقليل من المنازعات التي قد تقع بين طرفي العقد في المستقبل حول تقدير الضرر الناشئ عن عدم الوفاء، أو التأخر فيه، ومن ثم فالشرط الجزائي ـ أيضاً ـ يعفي الدائن من عبء إثبات الضرر الذي أصابه[٢].

٥ ـ الشرط الجزائي يحول دون كثرة التقاضي، ويخفف من اللجوء إلى المحاكم، وبالتالي يرفع عبئاً عن دور المحاكم[٣].

وإذا كان الشرط الجزائي في الديون يحقق كل هذه المزايا، فإنه بالمقابل لا يسلم من شائبة الربا؛ ولذا تعددت الآراء الفقهية بشأن مشروعيته في مسائل الديون.

*** الفرع الثاني: موقف الفقهاء من الشرط الجزائي في الديون**

إن تصور الشرط الجزائي في الديون أن يتضمن العقد الأصلي لشرط يدفع بموجبه المدين مبلغاً من النقود للدائن، إذا تأخر المدين عن

= على الدائن؟» مجلة جامعة الملك عبد العزيز: أبحاث في الاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق ص:٩٠؛ ود. محمد شبير، المرجع السابق (٨٥٧/٢).

(١) د. أسامة الحموي، المرجع السابق ص:٥٦؛ ود. محمد شبير، المرجع نفسه.

(٢) د. أسامة الحموي، المرجع نفسه ص:٥٧.

(٣) د. أسامة الحموي، المرجع نفسه ص:٥٨ ـ ٥٩؛ ود. محمد شبير، المرجع السابق (٨٥٧/٢).

سداد الدَّين في الوقت المحدد في أصل العقد، يتفق عليه الدائن والمدين عند التعاقد.

وإن هذا الشرط له صورتان:

الصورة الأولى:

الشرط الجزائي المقرر لتأخير الوفاء بالالتزامات التي يكون محلها مبلغاً من النقود وذلك بأن يقترن عقد البيع الآجل، أو عقد القرض بشرط يلزم المدين بدفع مبلغ معين من النقود عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو سنة، أو سوى ذلك مما يتفق عليه.

فهذا الشرط لا يجوز شرعاً باتفاق الفقهاء لأنه صريح الربا، وهو محرَّم بنص القرآن الكريم، وبالإجماع، قال تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَٰنُ مِنَ ٱلْمَسِّ ۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰاْ ۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ۚ...﴾ [البقرة: ٢٧٥].

والربا المنهي عنه هو ربا الجاهلية، وهو كما قال قتادة (ت١١٧هـ): إن ربا الجاهلية يبيع الرجل إلى أجل فإذا حل الأجل، ولم يكن عند صاحبه قضاء زاد وأخر[1]، وقال ابن القيم (ت٧٥١هـ): فأما الربا الجلي فربا النسيئة، وهو الذي كانوا يفعلونه في الجاهلية، مثل أن يؤخر دينه ويزيده في المال، وكلما أخره زاد المال حتى تصير المائة آلافاً مؤلفة[2].

وقال الحطاب (ت٩٥٤هـ): «إذا التزم المدعى عليه للمدعي أنه إن لم يوفه حقه في وقت كذا، فله عليه كذا وكذا، فهذا لا يختلف في بطلانه؛ لأنه صريح الربا، وسواء كان الشيء الملتزم به من جنس الدين

---

(١) الطبري، جامع البيان (٣/ ٦٧)؛ وابن حجر، فتح الباري (٤/ ٣١٣).
(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين (٢/ ١٥٤).

أو غيره، وسواء كان شيئاً معيناً أو منفعة»، وقد أنكر على من قال بوجوب الوفاء، واعتبر ذلك من الغفلة، حيث قال: «وحكم به بعض قضاة المالكية الفضلاء، وما أظن ذلك إلا غفلة منه»[(١)].

وقد نقل الإجماع على تحريم ربا النسيئة بمعنى الزيادة مقابل الأجل كثيرٌ من الفقهاء المتقدمين، ومن أقوالهم في هذا:

- قال ابن المنذر (ت٣١٨هـ): أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستلف زيادة أو هدية فأسلف على ذلك، أن أخذ الزيادة على ذلك ربا[(٢)].

- وقال الجصاص (ت٣٧٠هـ): «ولا خلاف أنه لو كان عليه ألف درهم حالة، فقال: أجلني أزيدك فيها مائة درهم، لا يجوز؛ لأن المسألة عوض عن الأجل»[(٣)].

- وقال ابن عبد البر (ت٤٦٣هـ): «أجمع العلماء من السلف والخلف على أن الربا الذي نزل بالقرآن تحريمه هو: أن يأخذ الدائن لتأخير دينه بعد حلوله عوضاً عينياً أو عرضاً، وهو معنى قول العرب: إما أن تقضي، وإما أن تربي»[(٤)].

- ونقل ابن قدامة (ت٦٢٠هـ) الإجماع على تحريم ربا النسيئة[(٥)].

- وقال النووي (ت٦٧٦هـ): «يحرم كل قرض جر منفعة، فإن شرط زيادة في القدر حرم إن كان المال ربوياً، وكذا إن كان غير ربوي على

---

(١) الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص:١٧٦.
(٢) ابن المنذر، الإجماع ص:٥٥.
(٣) الجصاص، أحكام القرآن (١/ ٤٦٧).
(٤) ابن عبد البر، الكافي ص:٣٠٢؛ وينظر له أيضاً: الاستذكار (٦/ ٤٨٨)؛ وابن جزي، القوانين الفقهية: ص٣٧٨
(٥) ابن قدامة، المغني (٤/ ٣).

الصحيح. . . فإن جرى القرض بشرط من هذه، فسد القرض على الصحيح»[1].

ومن خلال النظر في هذه النماذج من أقوال فقهاء المذاهب ـ وغيرها كثير ـ يتبين لنا اتفاقهم على أن الزيادة المشروطة في أصل عقد الدين تعد رباً صريحاً، أو من شبه الربا الممنوعة، ووفقا لقاعدة الفقهاء هذه، فإن مقتضى كلامهم أن يكون الشرط الجزائي في الديون ممنوعاً؛ لأنه زيادة مشروطة في أصل العقد، لا يقابلها عوض، بل هي بدل تأخير الدين عن وقته، وكل زيادة هي عوض عن الأجل تعتبر ممنوعة، كما قال الجصاص (ت٣٧٠هـ)[2]: «وهذا هو الأصل في امتناع جواز أخذ الأبدال عن الآجال»[3].

ولقد صرَّح بحرمة الشرط الجزائي على التأخير في سداد الديون عدد كبير من الفقهاء المعاصرين، بل وحتى الذين أجازوا تعويض الضرر الناتج عن مماطلة المدين.

وننقل فيما يلي نماذج من تلك التصريحات على سبيل المثال لا الحصر:

ـ يقول مصطفى الزرقا (ت١٤٢٠هـ): «إن الاتفاق على مقدار ضرر الدائن عن تأخير الوفاء له محذور كبير، وهو أنه قد يصبح ذريعة لربا مستور، بتواطؤ من الدائن والمدين، بأن يتفقا في القرض على فوائد زمنية ربوية، ثم يعقد القرض في ميعاده، لكن يستحق عليه الدائن تعويض تأخير متفق عليه يعادل سعر الفائدة، فلذلك لا يجوز في نظري»[4].

---

(١) النووي، روضة الطالبين (٤/ ٣٤).

(٢) الجصاص، أحكام القرآن (١/ ٤٦٧).

(٣) د. علي محمد الحسين الصوا، «الشرط الجزائي في الديون»، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مرجع سابق ص: ٢٤٤.

(٤) بواسطة: د. علي محمد الحسين الصوا، المرجع نفسه ص: ٢٤٦.

ـ ويقول د. الصديق الضرير: «لا يجوز أن يتفق البنك مع العميل المدين على أن يدفع له مبلغاً محدداً، أو نسبة من الدين الذي عليه في حالة تأخره عن الوفاء في الموعد المتفق عليه للسداد، مهما كانت تسمية هذا المبلغ. ويبدو أن هذا الحكم محل اتفاق بين جميع من كتب في هذا الموضوع»[1].

ـ ويقول د. علي أحمد السالوس: «في المعاملات المعاصرة لا يجوز الشرط الجزائي الذي يؤدي إلى زيادة على الدَّين كالفوائد وغرامات التأخير، مهما كانت الأسباب، فهذا من الربا المحرم»[2].

ـ ويقول د. زكي الدين شعبان: «إن الشريعة الإسلامية لا تجيز الفائدة، سواء كانت اتفاقية أو قانونية في مقابل انتفاع المدين بمبلغ من النقود، أو جزاء التأخير في الوفاء في كل موضع يكون فيه محل الالتزام مبلغاً من النقود»[3].

ـ ويقول د. عبد الناصر العطار: «أما الفوائد التأخيرية فهي فوائد تستحق عن مبلغ من النقود حل ميعاد استحقاقه وتأخر المدين في الوفاء، ومن الملاحظ أن الفوائد تعويضية، أو تأخيرية هي ربا النسيئة المحرم في

(١) رَدُّ د. الصديق محمد الأمين الضرير على تعليق د. محمد زكي عبد البر على بحث د. الصديق محمد الأمين الضرير: الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي (جدة: المجلد (٥)، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٣م) ص: ٦٣.

(٢) د. علي أحمد السالوس، «الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة»، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي (مكة المكرمة: رابطة العالم الإسلامي) السنة (١٢) العدد (١٤) ص: ١٣٦.

(٣) تعليق د. زكي الدين شعبان على بحث الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا: هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي (جدة: المجلد (١)، ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٩م) ص: ٢١٦.

الإسلام والمسيحية واليهودية»[1].

- ويقول د. عبد الستار أبو غدة: «إذا اتفق المدين مع الدائن على تعويضه مبلغاً معيناً عن كل يوم تأخير، فإن هذا الشرط لا يجوز شرعاً باتفاق الفقهاء؛ لأنه صريح الربا»[2].

وفي إطار الاجتهاد الجماعي ذهب المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة عام ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م إلى تحريم الشرط الجزائي في الديون، حيث جاء في القرار الثامن: «إن الدائن إذا شرط على المدين، أو فرض عليه، أن يدفع مبلغاً من المال، غرامة مالية جزائية محددة، أو بنسبة معينة، إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما، فهو شرط أو فرض باطل، ولا يجب الوفاء به، بل ولا يحل، سواء كان الشارط هو المصرف أو غيره؛ لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه»[3].

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (٥١/ ٢/ ٦) في دورته السادسة بجدة عام ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م: «إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد، فلا يجوز إلزامه أيَّ زيادة على الدَّين، بشرط سابق، أو بدون شرط؛ لأن ذلك ربا محرم»[4].

وزاد الأمر تأكيداً في دورته التاسعة في أبو ظبي عام ١٤١٥هـ -

---

(١) د. عبد الناصر العطار، نظرية الالتزام في الشريعة والتشريعات العربية ص: ٢٣١ - ٢٣٢ بواسطة: د. علي محمد الحسين الصوا، «الشرط الجزائي في الديون»، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مرجع سابق ص: ٢٤٦.

(٢) د. عبد الستار أبو غدة، البيع المؤجل (ط: ٢؛ جدة: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م) ص: ٨٧.

(٣) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، مرجع سابق ص: ٢٦٦.

(٤) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي، مرجع سابق ص: ١٠٩ - ١١٠.

١٩٩٥م، حيث جاء في القرار رقم (٨٥/ ٢/ ٩): «لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلَّم فيه؛ لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير»[1]. كما أكد أيضاً على ذلك في دورته الرابعة عشرة بالدوحة عام ١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠٣م، حيث ورد في قراره: «يؤكد المجلس قراراته السابقة بالنسبة للشرط الجزائي الواردة في قراره في السلم رقم (٨٥/ ٢/ ٩)، وقراره رقم (١٠٩/ ٤/ ١٢) ونصه: يجوز أن يكون الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً، فإن هذا من الربا الصريح، وبناء على هذا لا يجوز الشرط الجزائي ـ مثلاً ـ في البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية سواء كان بسبب الإعسار، أو المماطلة، ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه».

الصورة الثانية:

الشرط الجزائي على المدين في حال امتناعه عن الوفاء بالدين في الوقت المحدد، وكان قادراً على الدفع، وأدى تأخره إلى إضرار للدائن أن يدفع تعويضاً يقدره أهل الخبرة، أو القاضي، أو يتفق عليه فيما بعد.

والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها: أن الشرط الجزائي في الأولى يتضمن تحديد مقدار التعويض عن الضرر الذي يحتمل وقوعه مسبقاً بإرادة العاقدين ورضاهما، ويلزم المدين بدفعه إذا تأخر عن دفع التزامه في حينه، سواء ألحقه ضرر فعلي أم لا. ويفترض وجود الضرر بمجرد التأخير، وقد يكون مبلغ الشرط أكبر من الضرر، أو مساوياً له، أو دونه، ولا يتدخل القاضي في تعديل الالتزام، فالمبلغ فيه مقابل الأجل.

أما الشرط في الصورة الثانية هذه فيخلو من ذكر مقدار التعويض الافتراضي، ولا يلزم المدين بدفع شيء للدائن مع تأخره إلا إذا وقع

---

(١) المرجع السابق ص: ١٩٤.

ضرر فعلي، ويرجع للعاقدين في تحديد مقدار التعويض عن هذا الضرر، أو إلى لجنة يرتضيانها، أو إلى المحكمة[١].

اختلف الفقهاء في حكم هذه الصورة، ولهم فيها قولان:

القول الأول: جواز الشرط الجزائي المتضمن تعويض الدائن عن الضرر الذي يلحقه بسبب عدم سداد الدين أو التأخر فيه.

وذهب إلى هذا القول كل من: مصطفى الزرقا (ت١٤٢٠هـ)[٢]، ود. الصديق محمد الأمين الضرير[٣]، وعبد الحميد السايح المستشار الشرعي للبنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار سابقاً[٤]، وعبد الله بن منيع عضو هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية[٥]، وأفتت به لجنة الفتوى في المصرف الإسلامي الدولي بمصر[٦]، ولجنة

---

(١) د. علي محمد الحسين الصوا، «الشرط الجزائي في الديون»، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مرجع سابق ص:٢٤٩.

(٢) مصطفى أحمد الزرقا «هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟» مجلة جامعة الملك عبد العزيز: أبحاث في الاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق ص:٩٧.

(٣) د. الصديق محمد الأمين الضرير «الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة» مجلة جامعة الملك عبد العزيز: أبحاث في الاقتصاد الإسلامي (جدة: مركز النشر العلمي بجامعة الملك عبد العزيز، عدد (١) مجلد (٣)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م) ص:١١٢.

(٤) ينظر: محمد عبد الحكيم زعيتر «تأخر المدينين عن السداد - الحلقة الرابعة» مجلة: الاقتصاد الإسلامي (دبي: مركز التدريب والتطوير ببنك دبي الإسلامي، العدد ١٩٦، السنة ١٧، ربيع الأول ١٤١٨هـ - يوليو ١٩٩٧م) ص: ٥٢؛ ود. محمد عثمان شبير، صيانة المديونات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، مرجع سابق (٢/ ٨٦٤).

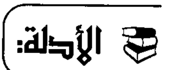
(٥) عبد الله بن سليمان بن منيع «بحث في أن مطل الغني ظلم يحل عقوبته وعرضه» مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، عدد (١٢) السنة (٣)، رجب ١٤١٢هـ - يناير ١٩٩٢م) ص:٢٣.

(٦) د. علي محمد الحسين الصوا، «الشرط الجزائي في الديون»، مجلة الشريعة =

الفتوى في مجموعة دلة البركة[(١)]، وهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، وأخذ بهذا الرأي البنك الأردني الإسلامي[(٢)].

القول الثاني: عدم جواز الشرط الجزائي المتضمن تعويض الدائن عن الضرر الذي يلحقه بسبب عدم سداد الدين، أو التأخر فيه.

وذهب إلى هذا القول عدد كبير من العلماء المعاصرين، ومن هؤلاء: علي الخفيف (ت١٣٩٨هـ)[(٣)]، ود. زكي الدين شعبان[(٤)]، ود. نزيه حماد[(٥)]، ود. محمد عثمان شبير[(٦)]، وأيدهم فيه من الاقتصاديين: د. رفيق المصري[(٧)]، ومن أهل القانون: د. عبد الناصر العطار[(٨)].



أ ـ أدلة القول الأول:

استند أصحاب هذا القول إلى أدلة مشروعية الشرط الجزائي بوجه

= والدراسات الإسلامية، مرجع سابق ص: ٢٥٠.

(١) المرجع نفسه ص: ٢٥٠.

(٢) د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق (٢/ ٨٦٣).

(٣) علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي ص: ١٩ ـ ٢٠.

(٤) تعليق د. زكي الدين شعبان على بحث الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا: هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي (جدة: ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٩م، ١/ ١٩٩).

(٥) د. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات ص: ٢٨٥، وقضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص: ٣٢٠.

(٦) د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق (٢/ ٨٧٣).

(٧) د. رفيق يونس المصري، بحوث في الاقتصاد الإسلامي ص: ١٧٢ وما بعدها.

(٨) تعقيب على مقال الشيخ الزرقا، مجلة الاقتصاد الإسلامي المعاصر عدد (٣) مجلد: ٢/ ١٥٤

عام - وقد ذكرناها في المطلب السابق - وكان التركيز على وجه العموم على ما يلي:

١ - حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه، وفيه أن النبي ﷺ قال: **«لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارٌ»**(١).

والحديث يفهم منه أن ضمان الأضرار الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزامات والعقود أو التأخر فيها، إذا كان مشروعاً فإن المتعاقدين إذا اتفقوا على هذا الضمان مسبقاً في العقد قبل وقوعه جائز؛ لأنه يوافق الشرع، وهذا هو الشرط الجزائي(٢).

٢ - حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وفيه أن رسول الله ﷺ قال: **«مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ»**(٣)، وحديث عمرو بن الشريد أن النبي ﷺ قال: **«لَيُّ الوَاجِدِ ظُلْمٌ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ»**(٤).

ويفيد هذان الحديثان أن المدين إذا كان قادراً على الوفاء بدينه، أو التزامه فماطل الدائن فلم يف بالتزاماته وديونه، ولم ينفذها أو تأخر في التنفيذ، فإن عمله هذا ظلم ويجب ردّه إن أمكن، ولا يمكن رده ورفع الضرر إلا بالتعويض للدائن عن الأضرار التي لحقته، والشرط الجزائي لا يخرج عن هذا الإطار(٥).

٣ - حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: **«الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحاً حَرَّمَ حَلَالاً أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً»**(٦). وقول عمر رضي الله عنه:

---

(١) الحديث سبق تخريجه.

(٢) د. أسامة الحموي، الشرط الجزائي ص: ١٧٢.

(٣) الحديث سبق تخريجه.

(٤) الحديث سبق تخريجه.

(٥) د. أسامة الحموي، المرجع السابق ص: ١٧٤ - ١٧٥.

(٦) الحديث سبق تخريجه.

«مَقَاطِعُ الحُقُوقِ عِنْدَ الشُّرُوطِ»[1].

ويفهم من الحديث أن الأصل في الشروط الجواز ما لم يحل الشرط حراماً، أو يحرم حلالاً والشرط الجزائي غير داخل في هذا الاستثناء فبقي على أصل الجواز[2].

٤ ـ إن تأخير أداء الحق عن ميعاده يشبه غصب الأموال المادية، وينبغي أن يعطى حكمها، وهو أن الغاصب يضمن منافع المغصوب مدة الغصب عند جمهور الفقهاء. ومنافع الغصب هنا هي ما كان يجنيه الدائن من ربح في أدنى الحدود المعتادة لو أنه قبض دينه في ميعاده واستثمره بالطرق المشروعة الحلال[3].

ب ـ أدلة القول الثاني:

١ ـ إن هذا المقدار الزائد على أصل الدين، المتفق على إلزام المدين به ليس إلا الربا المنهي عنه في ديننا مهما اختلفت التسميات.

٢ ـ إن إجازة هذا الشرط من شأنها أن تؤدي إلى فتح الطريق والمنافذ التي من شأنها جعل الإنسان المسلم يحوم حول الحمى، ومن حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه ومن ثم يمكن أن تتخذ ذريعة لإجازة الفائدة الممنوعة شرعاً.

٣ ـ إن العمل بهذا الشرط من شأنه إبعاد ما سَنَّه المشرع الكريم

---

(١) ابن حجر، فتح الباري (٦/ ١٣٧).

(٢) د. أسامة الحموي، المرجع السابق ص:١٧٦.

(٣) ينظر: مصطفى أحمد الزرقا «هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟» مجلة جامعة الملك عبد العزيز: أبحاث في الاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق ص:٩٤ ـ ٩٥؛ ود. محمد أنس الزرقا، ود. محمد علي القري «التعويض عن ضرر المماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد» مجلة جامعة الملك عبد العزيز: أبحاث في الاقتصاد الإسلامي (جدة: مركز النشر العلمي بجامعة الملك عبد العزيز، ١٤١١هـ ـ ١٩٩١م، ٣/ ٣٣.

من وسائل لحمل المدين المماطل على أداء الدين، مما ذكره الفقهاء من رفع الأمر إلى القضاء، ومعاقبة المدين المماطل بالحبس أو التعزير، وبيع أمواله لتسديد دينه.

• المناقشة والترجيح:

أ ـ مناقشة أدلة القول الأول:

ردّ أصحاب القول الثاني أدلة المجيزين كما يلي:

ـ إن المقصود بالعقوبة في الحديث: «**لَيُّ الوَاجِدِ ظُلْمٌ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ**»[(١)]، هو الحبس والتعزير، وقد نصَّ على ذلك الفقهاء: مالك (ت١٧٩هـ)، والشافعي (ت٢٠٤هـ)، وأحمد (ت٢٤١هـ) وغيرهم[(٢)].

قال النووي (ت٦٧٦هـ): «قال العلماء: يحل عرضه، يقول: ظلمني، ومطلني، وعقوبته الحبس والتعزير»[(٣)].

وقال ابن تيمية (ت٧٢٨هـ): «يعاقب الغني المماطل بالحبس، فإن أصر بالضرب، حتى يؤدي الواجب. وقد نص على ذلك الفقهاء من أصحاب مالك والشافعي وأحمد وغيرهم، ولا أعلم فيه خلافاً»[(٤)].

ـ وأما حديث: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارٌ**»، فقالوا: بأنه ليس كل ضرر يلحقه الإنسان بغيره ظلماً يعد موجباً للتعويض المالي؛ ذلك أن جعل التأخير أكلاً لمنفعة المال بغير حق ويرتب التعويض أمر غير مسلم به؛ لأن قابلية النقود المحتملة للزيادة لا تعتبر منفعة محققة أكلَها المدين المماطل عدواناً حتى يطالب بالتعويض المالي عنها. بخلاف المنافع التي

---

(١) الحديث سبق تخريجه.

(٢) ينظر: ابن عبد البر، الاستذكار (٦/ ٤٩٢)؛ وابن قدامة، المغني (٤/ ٤٩٩)؛ والصنعاني، سبل السلام (٣/ ٥).

(٣) النووي، شرح صحيح مسلم (١٠/ ٢٧٧).

(٤) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (٢٨/ ٢٧٩).

تقابل بمالٍ في عقد الإجارة، ومن أجل ذلك لا يعتبر ما فوته المدينُ المماطل على الدائن مالاً حتى يُطالبَ بجبره بالمال، فمبدأُ الضمان المالي في الشريعة قائم على أساس المماثلة بين الفائت وعوضه، ولا مماثلة بينهما. والتعويضاتُ الجوابرُ إنما تُبنى على أساس استدراك المصالح الفائتة بردها بعينها أو بالمثل المساوي، والتعويضُ المالي المفترض ههنا مباينٌ للفائت وليس مستدركاً له بالمساوي العادل، فلا يصح الحكم به. وحيث لم تكن التسويةُ بين الفائت وبدله متحققةً في التعويضات؛ كأن التعويض المالي ظلماً لا يصح ارتكابه شرعاً[1].

ـ أما القول بأن الأصل في الشروط الصحة، فليس هذا القول على إطلاقه، وإنما هو بما لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، وهذا المشروط من الشرط الجزائي مبلغ من المال نظير الأجل، وليس نظير مال أو بدل تلف، فهو إما أن يكون أكلاً لمال الغير بغير حق، وهو حرام، أو هو من ربا النسيئة وهو حرام أيضاً، وإذا صح هذا فإن الشرط الجزائي لا يكون مباحاً بل هو حرام مخالف لأحكام الشريعة[2].

ـ إن ما ذهبوا إليه من قياس التعويض التأخيري على ضمان منافع العين المغصوبة ـ وهو مذهب الشافعية والحنابلة ـ[3]، فهو قياس مع الفارق؛ ذلك أن المنفعة ينبغي أن تكون مالاً يجوز أخذ العوض عنه، وذلك بأن يكون المال المغصوب من الأعيان التي يصح ورود عقد الإجارة عليها، أما إذا كان المغصوب من النقود وهي أموال لا تصح إجارتها بالإجماع، وبالتالي لا يضمن زيادة على المبلغ المغصوب مهما

---

(١) د. نزيه حماد، دراسات في أصول المداينات ص: ٢٩٠ ـ ٢٩١.

(٢) د. علي محمد الحسين الصوا، «الشرط الجزائي في الديون»، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مرجع سابق ص: ٢٥٥.

(٣) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٣٧٤)؛ والرافعي، فتح العزيز (١١/ ٢٦٢)؛ وابن مفلح، المبدع (٥/ ١٨٥)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٤/ ١٢٢).

طالت مدة غصبه[(١)].

وقد نصت مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد في المادة (١٣٩٧) على ذلك، وعبارتها «لا يضمن الغاصب ما فوته على المالك من الربح بحبسه مال التجارة»[(٢)].

بل إن الشافعية في الأظهر نصوا على أنه لو غصب رجلٌ دراهمَ، واتجر بها فربح، فالربحُ للغاصب، ولا يضمن للمالك أكثر من المبلغ الذي غصبه[(٣)].

ب ـ مناقشة أدلة القول الثاني:

لم يسلم أصحاب القول الأول بما استند إليه مخالفوهم من أن شرط التعويض التأخيري ربا نسيئة، أو ربا قرض، وبينوا أنه يختلف عنه من وجهين:

الوجه الأول: إن حقيقة الربا استغلالٌ من الدائن للمدين، بصورة تجعل الاحتمالات السيئة جميعها على المدين، وتضمن للدائن أصل دينه وربحاً ثابتاً، دون النظر إلى حال المدين، وهذا الاستغلال يخل بالتوازن الاقتصادي بين موقف الطرفين، أما تعويض ضرر التأخير فبعيد عن هذه المعاني، فهو إقامة عدل يزيل ضرر المدين المماطل بحجب مال الدائن بلا عذر، في الوقت الذي يستمتع هو بهذا المال بغير حق فيلزم إنقاذ المظلوم من ظلمه، وتعويضه عما فوته عليه من منافع ماله، فأين هذا من الربا الذي هو ظلم واستغلال؟[(٤)].

---

(١) ينظر: د. نزيه حماد، المرجع السابق ص:٢٨٨ ـ ٢٨٩؛ ود. رفيق يونس المصري، بحوث في الاقتصاد الإسلامي ص:١٧٣.

(٢) بواسطة: د. نزيه حماد، المرجع نفسه ص:٢٨٩.

(٣) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٣٧٧)؛ والنووي، روضة الطالبين (٥/ ٥٩).

(٤) مصطفى أحمد الزرقا «هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض =

الوجه الثاني: إن الفوائد الربوية في الديون يُعقد الدَّين على أساسها من البداية، فتكون طريقاً استثمارياً أصلياً يلجأ إليها المرابون، مما يخل بالتوازن الاقتصادي بين العاقدين، بخلاف تعويض ضرر التأخير، فإنه ليس طريقاً استثمارياً، وإنما هو إعادة عادلة لتوازن العقد الأصلي الذي أخل به المدين المماطل، ولا يكون عقد الدَّين قائماً على الاستثمار من البداية(١).

جـ ـ الردود على الاعتراضات:

رد أصحاب القول الثاني على الاعتراضين الموجهين كالآتي:

١ ـ إن العلة في تحريم الربا الزيادة المشروطة بلا عوض بدليل قوله ﷺ: «**فَمَنْ زَادَ أَو اسْتَزَادَ فَقَدْ أَرْبَى، الآخِذُ وَالمُعْطِي فِيهِ سَوَاءٌ**»(٢). أما استغلال الآخرين فهي حكمة التحريم لا مناطه، والأحكام الشرعية تناط بالعلل لا بالحكم عند الأصوليين(٣).

٢ ـ إن الزيادة في التعويض التأخيري مشروطة منذ البداية، سواء أكانت استثمارية أم لا، والزيادة في الديون ربا(٤).

= على الدائن؟» مجلة جامعة الملك عبد العزيز: أبحاث في الاقتصاد الإسلامي مرجع سابق ص:٩٦؛ ود. محمد عثمان شبير، صيانة المديونات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، ضمن كتاب: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، مرجع سابق (٢/ ٨٧١ ـ ٨٧٢)؛ ود. علي محمد الحسين الصوا، «الشرط الجزائي في الديون»، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مرجع سابق ص:٢٥٦.

(١) المراجع نفسها.

(٢) أخرجه: مسلم، الجامع الصحيح، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً (٣/ ١٢١١).

(٣) د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق (٢/ ٨٧٢).

(٤) المرجع نفسه (٢/ ٨٧٢).

د ـ الترجيح:

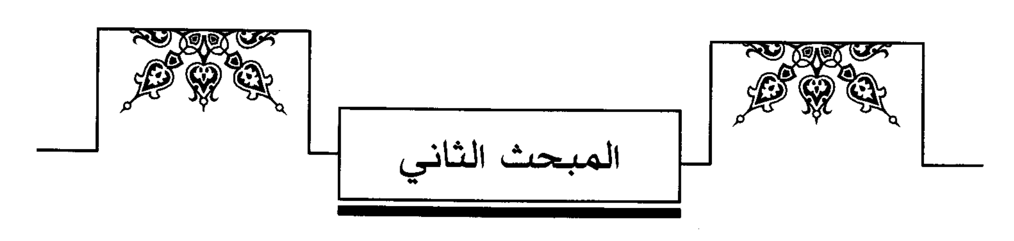
بعد العرض السابق لأدلة المجيزين وأدلة المانعين، ومناقشة الأدلة، يظهر لي ـ والله أعلم ـ قوة موقف المانعين، وسلامة احتجاجهم، وبالتالي فالرأي الأقرب والأحوط عدم صحة الشرط الجزائي في الديون، حتى ولو كان بعد وقوع الضرر، وذلك تمكيناً لما شرعه المشرِّع من وسائل لحماية الدائن من المدين الموسر المماطل قضائياً، وصيانة للأنفس من شبهة الربا الذي هو من الموبقات السبع، كما أخبر النبي ﷺ.

وعلى هذا فإنه إذا حصل الدائن باشتراط، أو وعد، أو عرف على الزيادة في مقدار دينه، فإنه يدخل تحت القول المأثور عن الصحابة «**كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ نَفْعاً فَهُوَ رِباً**»[1]، وبالتالي فالمبلغ الذي يحدده الشرط الجزائي، وذلك عندما يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود، أو يتم تحديده عند وقوع الضرر بالاتفاق ما هو إلا ربا صريح لا يجوز شرعاً.

وخلاصة القول: إن الشرط الجزائي عندما يكون محل الالتزام الأصلي تنفيذ عمل من الأعمال جائزٌ شرعاً، وعندما يكون محل الالتزام فيه مبلغاً من النقود يكون غير جائز شرعاً؛ لأن ذلك من الربا الصريح.



(١) روي من حديث علي رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً فَهُوَ رِباً**»، وقال الصنعاني: رواه الحارث بن أبي أسامة وإسناده ساقط، لأن في إسناده سوار بن مصعب الهمذاني المؤذن الأعمى، وهو متروك (الصنعاني، سبل السلام ٣/ ٨٧٢)، كما روى البيهقي عن الصحابي فضالة بن عبيد رضي الله عنه موقوفاً: «**كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً فَهُوَ وَجْهٌ مِنْ وُجُوهِ الرِّبا**» (البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع ٥/ ٣٥٠)، وروي نحوه عن إبراهيم النخعي (عبد الرزاق الصنعاني، المصنف ٨/ ١٤٥؛ وابن أبي شيبة، المصنف ٦/ ١٨٠).



شرط حلول باقي الأقساط أو التصدق ودوره في حماية الديون

وفيه ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول: شرط حلول باقي الأقساط وموقف الفقهاء منه.

المطلب الثاني: شرط الالتزام بالتصدق وموقف الفقهاء منه.

المطلب الثالث: دور اشتراط حلول الأقساط أو التصدق في حماية الديون.

○ ○ ○ ○ ○

المطلب الأول

شرط حلول باقي الأقساط وموقف الفقهاء منه

يلجأ الناس في أغلب الأحوال إلى سداد ديونهم على دفعات في فترات زمنية محددة كأول كل شهر مثلاً أو كل ستة أشهر، ولهذا الإجراء أسبابه الخاصة المرتبطة أساساً بمبلغ الدَّين، وإمكانيات المدين المادية خاصة عند أكبر شريحة اجتماعية وهم الموظفون والعمال الأجراء وأصحاب المعاشات، الذين يتقاضون مرتباتهم ومستحقاتهم المالية شهرياً أو موسمياً؛ ومن ثم لا يتمكنون من سداد مبالغ مالية مرتفعة دفعة واحدة، كما أن مدخولاتهم المنخفضة وظروف الحياة وكثرة المتطلبات تلجئهم إلى التوسع في الاقتراض. أضف إلى ذلك ما شهده عصرنا هذا

من انتشار وتوسع للنزعة الاستهلاكية، والتي لعبت وسائل الإعلام والدعاية فيها دوراً كبيراً إلى درجة أن التعامل بالديون لم يعد مقتصراً على أهل الضرورة والحاجة، وإنما تعدى ذلك إلى الكماليات ونحوها، ومن ثم غدا التعامل بالديون ظاهرة اجتماعية عامة.

والظاهر أن انتشار البيع بالتقسيط في معاملات الأفراد والأمم شهد توسعه الكبير بعد الحرب العالمية الثانية، ولا سيما في مجال السلع المعمرة اللازمة للأسر والمنشآت مثل الآلات والأدوات والتجهيزات والسيارات ونحو ذلك. فيتم شراء هذه المنشآت من مورديها بالتقسيط، وتباع إلى الزبائن بالطريقة نفسها. وعلى هذا فالتقسيط ما هو إلا طريقة لسداد ثمن المبيع(١).

وإذا رجعنا إلى أصل التسمية (البيع بالتقسيط) نجد أنَّ الدَّين المستحق يدفع على أقساط، والأقساط جمع قسط، وهو في اللغة الحصة والنصيب. يقال: تقسَّطنا المال بيننا؛ أي: أخذَ كلٌّ منَّا نصيبه منه. والقسط أيضاً: العدل، يقال: أقسط الرجل فهو مُقسط؛ أي: عادل. والظاهر أن بين المعنيين صلة، إذ النصيب يُفترض فيه أن يكون عادلاً بوجه من الوجوه. وقد يستعمل الفقهاء هذا المصطلح فيقولون: إنَّ للزمن قسطاً من الثمن، فإنما يعنون أن للزمن حصة عادلة من الثمن. أما القُسوط فهو الجور والظلم، ومنه القاسط: العادل عن العدل وهو الجائر، والمقسط هو الذي يزيل الجور، بحيث يزن بالقسطاس المستقيم وهو الميزان(٢).

---

(١) ينظر: د. رفيق يونس المصري، بيع التقسيط: تحليل فقهي واقتصادي (ط:٢؛ دمشق: دار القلم، وبيروت: الدار الشامية، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م) ص:١٢؛ ومحمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص:١١.

(٢) د. رفيق يونس المصري، المرجع نفسه.

هذا، ولم يقتصر التعامل بتقسيط ثمن المبيع على المحلات التجارية الصغيرة والكبيرة، وإنما تعداها إلى البنوك أيضاً، حيث استثمرت في هذا المجال مستفيدة من فارق السعر بين الثمن العاجل والثمن المؤجل، الذي هو في أغلب الأحوال يشكل هامشاً ربحياً معتبراً.

ولقد زاولت المصارف الإسلامية الحديثة بيوع التقسيط، وساعدت على انتشارها، بل واشتهرت بمثل هذه المعاملات لكونها تتحاشى التعامل بالقروض الربوية والمعاملات الاستغلالية المشبوهة، ومن ثم تشتري هذه المصارف السلعة بثمن معجل، وتتولى بيعها إلى العميل بثمن مقسط معلوم من حيث مقدار كل قسط ومواعيد استحقاقه، وذلك من خلال ما يعرف بـ «بيع المرابحة للآمر بالشراء»، فهو عقد مرابحة من حيث كون المصرف يبيع السلعة لعميله الذي طلبها ووعد بشرائها بثمن الكلفة مضافاً إليه ربح معلوم للمصرف، وهذا النوع من البيوع هو ما يعرف في الفقه الإسلامي ببيع المرابحة أحد الأنواع الثلاثة لبيوع الأمانة. أما تسميته ببيع التقسيط فمردُّها إلى كون المصرف يسهِّل على عميله فلا يشترط دفع ثمن السلعة في آن واحد وكاملاً، وإنما يرجئه بحيث يقسط ثمن البيع على أقساط معلومة القدر ومواعيد استحقاقها[1].

هذا، وقد ورد في الأثر أن النبي ﷺ قال: «**ثلاثةٌ فيهنَّ البَرَكَةُ: البَيْعُ إِلَى أَجَلٍ...**»[2].

ومما لا شك فيه أن البيع إلى أجل ـ ومنه بيع التقسيط ـ يكون مستحباً، إذا كان القصد منه الإرفاق بالمشتري، فلا يُزاد عليه في الثمن

---

(١) د. رفيق يونس المصري، المرجع السابق ص:١٣.

(٢) أخرجه: ابن ماجه، السنن، كتاب التجارات، باب الشركة والمضاربة (٢/ ٧٦٨)؛ وينظر: ابن حجر، تهذيب التهذيب (٦/ ٢٧٣).

لأجل الأجل، إذا كان محتاجاً فقيراً. أما إذا كان هذا البيع لا يقصد به الإرفاق، بل مجرد المعاوضة الكاملة، حيث يزاد في الثمن لأجل الأجل؛ فهذا البيع يكون مباحاً[1].

ولئن كان البيع بالتقسيط يشكل إرفاقاً بالمشتري، وقدراً ربحياً معتبراً للبائع؛ فإن المصارف الإسلامية تعاني من مشكلات كبيرة أثرت في مسيرة عملها، سببها عدم التزام كثير من المدينين بدفع أقساط الديون في مواعيدها المتفق عليها، وقليل من هؤلاء ذو عسرة، وأكثرهم يماطلون مع القدرة على الأداء؛ نظراً لأن المصارف الإسلامية لا تأخذ فوائد التأخير التي يلتزم بها هؤلاء مع البنوك الربوية[2].

ولما كانت أغلب المصارف الإسلامية لا تأخذ بنظام مطالبة المدين المماطل بالتعويض ـ حيث لم تجزه هيئات الرقابة الشرعية لديها ـ رأت أن اتخاذ الإجراءات ضد المدين المماطل يكلفها الكثير؛ فنصَّت في عقود البيع على أن المشتري إذا تأخر في دفع قسط أو قسطين ـ حسب الاتفاق ـ عن موعده المحدد، فإن بقية الأقساط تصير حالَّة، ويحق للمصرف أن يطالب بها في الحال مجموعة ويتخذ ما يراه لازماً للوصول إلى حقِّه[3].

وعلى سبيل المثال نجد فرع المعاملات الإسلامية بالبنك الوطني المصري ينص في نموذج عقد البيع بالمرابحة: «البند السادس: في حالة تأخر الطرف الثاني عن سداد أي قسط في تاريخ استحقاقه تحل كافة

---

(١) د. رفيق يونس المصري، المرجع السابق ص:١٧.

(٢) د. علي أحمد السالوس، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة (٢/ ٥٦٣).

(٣) المرجع نفسه (٢/٥٦٨)؛ ومحمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص:٣٥ ـ ٣٦.

الأقساط اللاحقة فوراً دون تنبيه أو إنذار أو حكم قضائي، أو أي إجراء آخر من جانب الطرف الأول»[1].

وكذلك الأمر لدى مصرف قطر الإسلامي؛ حيث ورد النص في نموذج عقد البيع بالمرابحة كالآتي: «البند السادس: في حالة تأخر الطرف الثاني عن سداد أي قسط من الأقساط الموضح بيانها بالبند الثاني من هذا العقد في موعد استحقاقه، يحق للطرف الأول أن يتخذ الإجراءات القانونية اللازمة لحفظ حقوقه قبل الطرف الثاني الذي عليه أن يتحمل ما يترتب على ذلك من مصاريف وأضرار»[2].

أما من الذين اشترطوا في حلول باقي الأقساط أن يتخلف المدين في سداد قسطين متتاليين نجد بيت التمويل الكويتي حيث ينص في نموذج عقد البيع على ما يلي: «١١ ـ لا يحق للطرف الثاني أن يتأخر لأي سبب في دفع الثمن بالكيفية الموضحة في هذا العقد، كما لا يحق للطرف الثاني أن يتأخر في دفع الأقساط المقررة عليه، وفي حالة تأخره عن دفع قسطين متتاليين، أو أي جزء من القسط، أو في حالة مماطلته، أو امتناعه عن الدفع تحل باقي الأقساط فوراً دون تنبيه أو إنذار، أو إجراءات. . .»[3].

وكذلك الأمر لدى بنك دبي الإسلامي، حيث ورد النص في نموذج عقد بيع مرابحة سيارة كالآتي: «تاسعاً: يتعهد الطرف الثاني بأن

---

(١) د. عطية فياض، التطبيقات المصرفية لبيع المرابحة في ضوء الفقه الإسلامي (ط:١؛ مصر: دار النشر للجامعات، ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٩م) ص:٢٠٤.

(٢) المرجع نفسه ص:٢٢٠؛ ود. يوسف القرضاوي، بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية (ط:٣؛ القاهرة: مكتبة وهبة، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٥م) ص:١٢٠.

(٣) د. توفيق دياب، حرية الاشتراط في المعاملات بين الفقه والقانون (لا.ط؛ دمشق: لا. ن، ٢٠٠٣م) ص:٣٥٦.

يقوم بتسديد الأقساط المستحقة بانتظام واستمرار للطرف الأول، وإذا تخلف عن تسديد قسطين متتاليين أو ارتد شيكان متتاليان لأي سبب من الأسباب، تحل جميع الأقساط دفعة واحدة...»[1].

ويظهر لي من خلال صيغ هذه البنود المذكورة أعلاه أنها ركّزت بصورة تلفت الانتباه على مصلحة البنك المالية في سداد الأقساط في مواعيدها وبالغت فيها إلى درجة أنها أغلظت في القول والوعيد، ولنتأمل العبارات التالية للمرة الثانية:

«... فوراً دون تنبيه، أو إنذار، أو حكم قضائي، أو أي إجراء آخر من جانب الطرف الأول».

«... الطرف الثاني الذي عليه أن يتحمل ما يترتب على ذلك من مصاريف وأضرار».

«... تحل باقي الأقساط فوراً دون تنبيه أو إنذار أو إجراءات».

«... لأي سبب من الأسباب، تحل جميع الأقساط دفعة واحدة...».

ووجه المبالغة والمغالاة في هذه الصيغ أنها اعتبرت كل متأخر عن سداد قسط أو قسطين مما عليه مماطلاً. والحقيقة أن هناك من يتأخر في سداد ما عليه ويكون معذوراً عند الله وعند الناس. كمن احترق ماله أو تعرض للسرقة أو كان موظفاً وجُرِّد من وظيفته ونحو ذلك ممن يوصفون بذوي العسرة المادية، وهؤلاء يشملهم التوجيه القرآني: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]. كما رغّب النبي ﷺ في ذلك، ففي حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**مَنْ أَنْظَرَ مُعْسِراً أَوْ وَضَعَ لَهُ، أَظَلَّهُ اللهُ يَوْمَ القِيَامَةِ تَحْتَ ظِلِّ عَرْشِهِ يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ**»[2].

---

(١) د. عطية فياض، المرجع السابق ص: ٢٢١.

(٢) أخرجه: الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البر والصلة، باب ما جاء في السترة =

وعلى هذا ينبغي على البنوك التي تلتزم بأحكام الشريعة أن تميز بين الحالين في تأخر سداد الديون ولا تعمم الحكم على الجميع.

وبناء عليه نقترح أن تشكل هذه البنوك لجاناً متخصصة وتتعاون مع شرائح اجتماعية مختلفة للتحقيق في وضعية المدينين المالية قبل إبرام العقد، وكذا عند حصول أول تأخر في سداد الأقساط.

موقف الفقهاء من اشتراط حلول باقي الأقساط إذا تأخر المدين عن دفع قسط منها:

الظاهر أن الفقهاء السابقين لم يتعرضوا لحكم هذه المسألة[1].

ومن خلال النظر في مضمون هذا الشرط، وما بحثه الفقهاء في بيع المرابحة وتقسيط الثمن، نجد أن هناك اتجاهين في بيان حكم هذا الشرط وهما:

الاتجاه الأول:

إن هذا الشرط غير جائز؛ لأنه يحقق منفعة زائدة للدائن، ذلك أن الثمن المؤجل غالباً ما يكون أعلى من الثمن الحال، فإذا اتفق الطرفان على حلول الأقساط عند العجز عن أداء قسط منها كان البائع قد أخذ

= على المسلم (٣/ ٣٢٦)؛ وروي بألفاظ متقاربة من حديث أبي اليسر عند: مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الزهد، باب حديث جابر الطويل وقصة أبي اليسر (٤/ ٢٣٠٢) بلفظ: **«من أنظر معسراً أو وضع عنه أظله الله في ظله»** ومثله عند: ابن حبان، صحيح ابن حبان (١١/ ٤٢٤)؛ والحاكم، المستدرك (٢/ ٣٣)؛ والبيهقي، السنن الكبرى (٥/ ٣٥٧)؛ وأخرجه: ابن ماجه، السنن، كتاب الصدقات، باب إنظار المعسر (٢/ ٨٠٨) بلفظ: **«من أحب أن يظله الله في ظله فلينظر معسراً أو ليضع له»**.

(١) د. محمد عثمان شبير، صيانة المديونات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، ضمن كتاب: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة لمجموعة من المؤلفين، مرجع سابق (٢/ ٨٧٥).

الزيادة بلا مقابل، والزيادة بلا مقابل ربا[1].

ومما يؤيد هذا الاتجاه أن البيع إذا كان بطريق المرابحة، وقد صرّح فيه البائع بزيادة في الثمن من أجل الأجل، فقد أفتى المتأخرون من الحنفية بأنه إذا قضى المدين قبل حلول الأجل، أو مات قبله، فإن البائع لا يأخذ من الثمن إلا بمقدار ما مضى من الأيام، ويحطّ من دينه ما كان بإزاء المدة الباقية[2].

قال الحصكفي[3] متحدثاً عن دَين المشتري: «... لو حلَّ لموته أو أداه قبل حلوله ليس له من المرابحة إلا بقدر ما مضى من الأيام، وهو جواب المتأخرين»[4].

وقال أيضاً: «(قضى المديون الدَّين المؤجَّلَ قبل الحلول أو مات)، فحَلَّ بموته (فأخذ من تركته لا يأخذ من المرابحة التي جرت بينهما إلا بقدر ما مضى من الأيام، وهو جواب المتأخرين) قنية، وبه أفتى المرحوم أبو السعود أفندى مفتي الروم، وعلَّله بالرِّفق للجانبين»[5].

قال ابن عابدين (ت١٢٥٢هـ) موضحاً: «قوله: لا يأخذ المرابحة»: صورته: اشترى شيئاً بعشرة نقداً، وباعه لآخر بعشرين إلى اجل هو عشرة أشهر، فإذا قضاه بعد تمام خمسة أشهر أو مات بعدها يأخذ خمسة

---

(١) د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق (٢/ ٨٧٥)؛ ود. عبد الستار أبو غدة، البيع المؤجل ص:٨١.

(٢) محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص:٣٣.

(٣) هو محمد بن علي بن محمد علاء محمد علاء الدين الحصكفي فقيه حنفي، وأصولي، تولى إفتاء دمشق، ولد دمشق عام ١٠٢٥هـ وتوفي بها سنة ١٠٨٨هـ، من آثاره: الدرر المختار، وشرح ملتقى الأبحر، وإفاضة الأنوار (الزركلي، الأعلام ٧/ ١٨٨).

(٤) الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار (٥/ ٢٨٥ ـ ٢٨٦).

(٥) المرجع نفسه (٧/ ٣٤٨).

ويترك خمسة»[1].

وذكر محمد تقي العثماني أن هذه المسألة مذكورة بعينها في «تنقيح الفتاوى الحامدية»، وفيها من الزيادة ما يلي:

«سُئل فيما إذا كان لزيد بذمة عمرو مبلغ دَين معلوم، فرابحه عليه إلى سنة، ثم بعد ذلك بعشرين يوماً، مات عمرو المديون، فحلَّ الدين ودفعه الورثة لزيد، فهل يؤخذ من المرابحة شيء أو لا؟.

الجواب: جواب المتأخرين أنه لا يؤخذ من المرابحة التي جرت المبايعة عليها بينهما إلا بقدر ما مضى من الأيام. قيل للعلامة نجم الدين: أتفتي به؟ قال: نعم، كذا في الأنقوري والتنوير. وأفتى به علامة الروم مولانا أبو السعود»[2].

قال محمد تقي العثماني[3]: ولعلهم أفتوا بذلك على أساس أن الأجل وإن لم يكن صالحاً للاعتياض عنه على سبيل الاستقلال، ولكن يجوز أن يقع بإزائه شيء من الثمن ضمناً وتبعاً، كما أنه لا يجوز بيع الحمل في بطن البقرة، ولكن يجوز أن يزاد من أجله في قيمة البقرة، فما لا يجوز بيعه مستقلاً قد يجوز الاعتياض عنه تبعاً. ولما كان أساس المرابحة على بيان قدر من الربح، جاز أن يكون شيء من الربح بإزاء الأجل. فصار الأجل كأنه وصف في المبيع، فلما انتقص ذلك الوصف بأداء الدَّين قبل الحلول، أو بسبب حلوله بموت المديون، انتقص الثمن بقدره. وإلى هذا المعنى أشار ابن عابدين (ت١٢٥٢هـ) في تعليل هذه المسألة، فقال: «وُجِّهَ أنَّ الرِّبح في مقابلة الأجل؛ لأن الأجل وإن لم

---

(١) ابن عابدين، حاشية رد المحتار (٦/ ٧٥٧).

(٢) تنقيح الفتاوى الحامدية (١/ ٢٧٨) بواسطة: محمد تقي العثماني، المرجع السابق ص: ٣٤.

(٣) محمد تقي العثماني، المرجع نفسه ص: ٣٣.

يكن مالاً ولا يقابله شيء من الثمن، لكن اعتبروه مالاً في المرابحة إذا ذكر الأجل بمقابل زيادة الثمن، فلو أخذ كل الثمن قبل الحلول؛ كأن أخذه بلا عوض»[1].

الاتجاه الثاني:

إن شرط حلول الأقساط إذا تخلَّف المدين عن السداد شرط جائز؛ ذلك أن التأجيل حق للمدين، وله أن يتنازل عنه متى شاء؛ لأنه مضروب لمصلحته كما قال ابن عابدين (ت١٢٥٢هـ): «فلو قال: أبطلتُ الأجل أو تركته، صار الدَّين حالّاً»[2].

ولما كان التأجيل من حق المدين فله أن يعلق تنازله عنه بعجزه عن الوفاء أو لتأخيره لقسط من الأقساط، لكي يكون حافزاً له على الوفاء بالدَّين لمحله. وفي هذا مصلحة له؛ أي: للمدين، وهذا الشرط يحقق أيضاً مصلحة للدائن، فهو يوفر له الاطمئنان على ماله، ولذلك يجوز اشتراطه[3].

وقد ذكر هذا الحكم في بعض كتب الحنفية[4]، فجاء في «خلاصة الفتاوى»: «ولو قال: كلَّما دخل نجم ولم تؤد، فالمال حالٌّ، صحَّ ويصير المال حالّاً».

كما ذكرت هذه المسألة في «الفتاوى البزازية» محرَّفة لا يستقيم بها المعنى، ونبَّه على ذلك الرملي في حاشيته على «جامع الفصولين»[5]،

---

(١) ابن عابدين، حاشية رد المحتار (٦/ ٧٥٧).

(٢) المرجع نفسه.

(٣) د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق (٢/ ٨٧٥ ـ ٨٧٦)؛ ود. عبد الستار أبو غدة، المرجع السابق ص: ٨٢.

(٤) محمد تقي العثماني، المرجع السابق ص: ٣٦.

(٥) كتاب «جامع الفصولين» لمحمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سماونة (ت٨٢٣هـ).

فقال: «في البزازية[1]: وإبطال الأجل يبطل بالشرط الفاسد، بأن قال: كلَّما حلَّ نجم ولم تؤد فالمال حالٌّ صحَّ وصار حالّاً. اهـ. وعبارة الخلاصة: وإبطال الأجل يبطل بالشرط الفاسد. ولو قال: كلَّما دخل نجم ولم تؤد، فالمال حالٌّ صحَّ، والمال يصير حالّاً. اهـ. فجعلهما مسألتين وهو الصواب، والله أعلم. ذكره الغزي»[2].

والظاهر أنه ليس هناك ما يمنع من جواز اشتراط الدائن حلول بقية الأقساط إذا لم يسدد المدين قسطاً في أجله، بل إن المماطلة في سداد أحد الأقساط دالة على المماطلة في سداد الأقساط المتبقية، فالمماطلة طبع وعادة، ولهذا من المفيد للدائن ألا يتعب نفسه مع مثل هذا المدين. وقد يكون في اشتراط حلول الأقساط الأخرى ضغط أدبي على المدين، لكي لا يماطل في سداد أي قسط[3].

وإن هذه المسألة مما يكثر تعامل الناس بها، فقد قال ابن عابدين (ت١٢٥٢هـ): «عليه ألف ثمن، جعله ربه نجوماً، إن أخلَّ بنجم حلَّ الباقي، فالأمر كما شرط... وهي كثيرة الوقوع»[4].

كما جرت بهذا الشرط أعراف المصارف مع المقترضين منها، إلا

---

(١) كتاب الفتاوى البزازية المسماة بالجامع الوجيز للشيخ محمد بن محمد بن شهاب الدين المعروف بابن البزاز الكردي الحنفي المتوفى عام ٨٢٧هـ، وهو مطبوع بهامش الفتاوى الهندية المشهورة بالفتاوى العالمكيرية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة.

(٢) الفوائد الخيرية على جامع الفصولين (٢/ ٤) بواسطة: محمد تقي العثماني، المرجع السابق ص:٣٦.

(٣) ينظر: السرخسي، المبسوط (٣٠/ ٢٤٤)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٤/ ٢٦)؛ وابن القيم، إعلام الموقعين (٤/ ٣٩)؛ وعلي الخفيف، أحكام المعاملات ص:٤٦٤ بواسطة: د. رفيق يونس المصري، بيع التقسيط ص:١٠٦.

(٤) ابن عابدين، حاشية رد المحتار (٤/ ٥٣٣).

أنها قد لا تفرِّق بين معسر ومماطل[1].

مناقشة أدلة أصحاب الاتجاه الأول:

يمكن مناقشة ما استند إليه أصحاب الاتجاه الأول من خلال العناصر التالية:

أ - إن القول بأن الحلول يحقق منفعة زائدة في القرض للدائن، يجاب عنه بأن هذه المنفعة مما لا تجوز المعاوضة عنها؛ لأن الثمن في البيع الآجل قد استقر في ذمة المدين منذ انعقاد العقد، فإذا أراد أن يؤديه قبل حلول الأجل جاز، ولكن لا يجوز للمدين أن ينقص منه شيئاً مقابل هذا التعجيل عند جمهور الفقهاء من الحنفية[2]، والمالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5]؛ لأنه بيع الحلول وهو لا يصح، كما لو زاده الذي له الدَّين مقابل التأجيل[6].

قال مالك بن أنس (ت١٧٩هـ): «والأمر المكروه الذي لا اختلاف فيه عندنا أن يكون للرجل على الرجل الدَّين إلى أجل، فيضع عنه الطالب، ويعجِّله المطلوب. قال مالك: وذلك عندنا بمنزلة الذي يؤخر دَينه بعد محله عن غريمه ويزيد الغريم في حقه. قال: فهذا الربا بعينه لا شك فيه»[7].

---

(١) د. رفيق يونس المصري، المرجع السابق ص:١٠٦.

(٢) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق (٥/ ٤٢).

(٣) ينظر: الباجي، المنتقى شرح الموطأ (٥/ ٦٥)؛ وابن جزي، القوانين الفقهية ص:٢٧٨.

(٤) ينظر: الشربيني، مغني المحتاج (٢/ ١٧٩).

(٥) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٦٥).

(٦) د. عبد الستار أبو غدة، البيع المؤجل ص:٨٢.

(٧) مالك بن أنس، الموطأ، كتاب البيوع، باب ما جاء في الربا في الدَّين (٢/ ٦٧٣).

وقال محمد بن الحسن الشيباني (ت١٨٩هـ): «من وجب له دين على إنسان إلى أجل، فسأل أن يضع عنه، ويعجِّل له ما بقي، لم ينبغ ذلك؛ لأنه يعجِّل قليلاً بكثير ديناً، فكأنه يبيع قليلاً نقداً بكثير ديناً، وهو قول عمر بن الخطاب، وزيد بن ثابت، وعبد الله بن عمر. وهو قول أبي حنيفة»[١].

وقال ابن قدامة (ت٦٢٠هـ): «إذا كان عليه دين مؤجل، فقال لغريمه: ضع عني بعضه وأعجِّل لك بقيته، لم يجز. كرهه زيد بن ثابت، وابن عمر، والمقداد، وسعيد بن المسيب، وسالم، والحسن، وحماد، والحكم، والشافعي، ومالك، والثوري، وهشيم، وابن علية، وإسحاق، وأبو حنيفة. وقال المقداد لرجلين فعلا ذلك: كلاكما قد أذن بحرب من الله ورسوله. وروي عن ابن عباس أنه لم ير به بأساً. وروي ذلك عن النخعي وأبي ثور؛ لأنه آخذ لبعض حقه، تارك لبعضه، فجاز كما لو كان الدَّين حالاً. وقال الخرقيّ: لا بأس أن يعجل المكاتب لسيده ويضع عنه بعض كتابته. ولنا أنه بيع الحلول فلم يجز، كما لو زاده الذي له الدَّين فقال له: أعطيك عشرة دراهم وتعجّل لي المائة التي عليك. فأما المكاتب فإن معاملته مع سيده وهو يبيع بعض ماله ببعض فدخلت المسامحة فيه ولأنه سبب للعتق، فسومح فيه بخلاف غيره»[٢].

وبناء على هذه النصوص الفقهية، فالراجح حرمة إسقاط بعض الدَّين في مقابل إسقاط بعض الأجل[٣].

ب ـ إن فارق الثمن في المرابحة بين سعر شراء السلعة وسعر بيعها

---

(١) محمد بن الحسن، الموطأ، باب الرجل يبيع المتاع أو غيره نسيئة، ثم يقول: أنقدني وأضع عنك (١/ ٣٣٤) بواسطة: محمد تقي العثماني، المرجع السابق ص:٢٨.

(٢) ابن قدامة، المغني (٤/ ٥٢ ـ ٥٣).

(٣) محمد تقي العثماني، المرجع السابق ص:٢٩.

لأجل ليس بالضرورة متوجه إلى الأجل المضروب لسداد الأقساط، وإنما يعود إلى ما يتحمله البائع، أو المصرف من طبيعة المخاطرة في العمل التجاري، وكذا تكاليف وإجراءات مثل هذه العقود وما تتطلبه من مصاريف وتوثيقات وأعمال إدارية، ويضاف إليها بطبيعة الحال الربح الذي يراه البائع أو المصرف مناسباً ويرتضيه المشتري؛ ومن ثم لا وجه للقول بأن فارق سعر الشراء عن سعر البيع هو في مقابل الأجل، ومنه لا وجه للقول بعدم جواز اشتراط حلول الأقساط عند الامتناع عن سداد أي منها.

الترجيح:

من خلال عرض وجهتي النظر في المسألة ومناقشتها؛ يظهر لنا رجحان الرأي الثاني الذي يقضي بجواز شرط حلول الأقساط إذا امتنع المدين أو تأخر في سداد قسطٍ مما عليه ولم يكن معسراً.

والذي دعا إلى هذا الترجيح ما يلي:

أ ـ عدم وجود نص ـ حسب ما توفر لدي من مصادر ـ يمنع من هذا الشرط.

ب ـ هذا الشرط يحقق مصلحة كل من الدائن والمدين.

جـ ـ ريان العرف المصرفي المعاصر على العمل بهذا الشرط.

ولئن ترجَّح لدينا جواز اشتراط هذا الشرط، فإنه ينبغي التوصية بأن لا يعمل به بمجرد تأخير المدين عن سداد القسط، وإنما ينبغي أن تكون المدة التي يتأخر فيها قد جاوزت ما اعتاد عليه كل من الدائن والمدين التساهل فيها[١]. وقد نبَّه إلى ذلك أبو الوليد الباجي[٢] (ت٤٧٤هـ) حيث

---

(١) د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق (٢/ ٨٧٦).

(٢) هو سليمان بن خلف بن سعد، أبو الوليد الباجي، نسبة إلى مدينة باجة بالأندلس، من كبار فقهاء المالكية، ولد عام ٤٠٣هـ، رحل إلى المشرق، =

يقول: «وتأخير مع بيع على النقد على الوقت المعتاد في ذلك على وجه ما جرت عليه عادة الناس»[1].

وعلى هذا فالدائن عليه أولاً أن يتأكد من أن تأخر مدينه عن السداد ليس ناشئاً عن عسرة مادية وقلة حيلة؛ لأننا مأمورون شرعاً بإنظاره إلى حين ميسرة في مثل هذه الظروف. ثم إذا تأكدنا أنه ليس معسراً فالأفضل تنبيهه وإعطاؤه مهلة يُراجع فيها نفسه، وهذا وفقاً لما تعارف عليه الناس في إمهال بعضهم بعضاً في سداد الديون الحالة.

هذا، وقد صرَّح عدد من الفقهاء المعاصرين بترجيحهم الأخذ بشرط حلول الأقساط عند توقف المدين المماطل أو تأخره في السداد. ومنهم: د. وهبة الزحيلي[2]، ود. عبد الستار أبو غدة[3]، ود. محمد عثمان شبير[4]، ود. رفيق يونس المصري[5].

أما على مستوى الاجتهاد الجماعي فقد ناقشت الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي عام ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٥م مسألة تعويض الدائن عن مماطلة المدين الموسر في السداد، وأوردت الندوة تفصيلاً في المسألة، وقدمت بدائل وحلولاً عملية للبنوك الإسلامية لتأخذ بها في معاملاتها اليومية، ومن ضمن الحلول المقترحة[6]:

= ورجع وولي القضاء في بعض أنحاء الأندلس، وتوفي سنة ٤٧٤هـ، من آثاره: «الانتقاء شرح الموطأ»، و«إحكام الفصول في أحكام الأصول» ابن فرحون، الديباج المذهب ١/ ٣٣٠).

(١) الباجي، المنتقى شرح الموطأ (٥/ ٦٦).

(٢) د. وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة ص: ٣٥٨.

(٣) د. عبد الستار أبو غدة، البيع المؤجل ص: ٨٢.

(٤) د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق (٢/ ٨٧٦).

(٥) د. رفيق يونس المصري، بيع التقسيط ص: ١٠٦.

(٦) محمد عبد الحكيم زعير، «تأخر المدينين عن السداد»، مجلة الاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق ص: ٥٤.

«يجوز الاشتراط في عقد المداينة بأن تخلّف المدين عن سداد قسط من أقساط يترتب عليه حلول جميع الأقساط، وذلك لأن الأجل حق للمدين فله أن يتنازل عنه في الحال أو أن يعلق تنازله عنه على واقعة ما مثل التأخر في سداد أي قسط مستحق. على أنه لا يعتبر التأخر حاصلاً إلا بعد مرور المهلة المتعارف عليها لاعتبار المدين متأخراً، وينبغي للدائن (البنك) إنذار المدين قبل تطبيق هذا الشرط»[1].

---

(١) ومن العلماء والمشايخ المشاركين في الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي: بدر المتولي عبد الباسط المستشار الشرعي لبيت التمويل الكويتي، وأحمد بزيع الياسين رئيس هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي (سابقاً)، ود. خالد مذكور المذكور رئيس اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بدولة الكويت، ود. عجيل جاسم النشمي عميد كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الكويت، ود. محمد فوزي فيض الله أستاذ بكلية الشريعة جامعة الكويت، ومحمد المختار السلامي مفتي الجمهورية التونسية، وعبد الله بن منيع قاضي محكمة التمييز بالطائف ـ السعودية، ود. وهبة الزحيلي أستاذ بكلية الشريعة جامعة دمشق، ود. فؤاد عبد الله العمر رئيس البنك الإسلامي للتنمية بالنيابة ـ السعودية، وعبد الرحمٰن بن عقيل ـ هيئة الفتوى بمؤسسة الراجحي المصرفية للاستثمار ـ السعودية، وصالح سعيد أحمد لوتاه عضو مجلس إدارة بنك دبي الإسلامي، وعبد اللطيف جناحي العضو المنتدب والمدير العام لبنك البحرين الإسلامي، ود. يوسف محمود قاسم وكيل كلية الحقوق جامعة القاهرة، ود. عبد الستار أبو غدة المستشار الشرعي لمجموعة دله البركة ـ السعودية، ود. أحمد الحجي الكردي الخبير بالموسوعة الفقهية بوزارة الأوقاف ـ الكويت، ود. محمد عبد الغفار الشريف أستاذ بكلية الشريعة جامعة الكويت، ود. علي محي الدين القره داغي أستاذ بكلية الشريعة جامعة قطر، ود. علي أحمد السالوس أستاذ بكلية الشريعة جامعة قطر، ود. محمد عثمان شبير أستاذ بكلية الشريعة الجامعة الأردنية، وعز الدين توني باحث بالموسوعة الفقهية بوزارة الأوقاف ـ الكويت، ود. محمود حسن أستاذ بكلية الشريعة جامعة الكويت، ونور الدين جان المراقب الشرعي لبيت تمويل الأوقاف الكويتي التركي ـ تركيا، وطايس الجميلي نائب =

كما أصدر مجمع الفقه الإسلامي بجدة قراراً برقم: (٥١) (٦/٢) حيث ورد فيه: إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة من ١٧ ـ ٢٣ شعبان ١٤١٠هـ الموافق ١٤ ـ ٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م... قرر ما يلي: «خامساً: يجوز شرعاً أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها، عند تأخر المدين عن أداء بعضها، ما دام المدين قد رضي بهذا الشرط عند التعاقد»[1].

ثم أكّد المجمع على القرار السابق بأن نصَّ للمرة الثانية في قراره رقم: (٦٤) (٧/٢) على جواز هذا الشرط في الديون حيث ورد في القرار المذكور: إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة من ٧ ـ ١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٩ ـ ١٤ أيار (مايو) ١٩٩٢م... قرر ما يلي: «خامساً: يجوز اتفاق المتداينين على حلول سائر الأقساط عند امتناع المدين عن وفاء أي قسط من الأقساط المستحقة عليه ما لم يكن معسراً»[2].

المطلب الثاني

شرط الالتزام بالتصدق وموقف الفقهاء منه

من البدائل التي اعتمدتها بعض البنوك الإسلامية لحلِّ مشكلة المماطلة في سداد الديون، وبعيداً عن الفوائد الربوية المحرمة التي تأخذ بها البنوك التجارية، وتحرزاً من الشرط الجزائي الذي سبق وأن بينا رجحان عدم جواز اتفاق المتداينين عليه؛ تم اقتراح تضمن العقد شرطاً

= مدير إدارة التدقيق الشرعي لمصرف قطر الإسلامي، ومحمد عبد الحكيم زعير أمين هيئة الفتوى لبنك دبي الإسلامي. (ينظر: محمد عبد الحكيم زعير، المقال السابق ص:٥٧).

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق ص:١١٠.

(٢) المرجع نفسه ص:١٤٢ ـ ١٤٣.

يلتزم المدين بموجبه بالتبرع على وجه الصدقة بمبلغ معين أو نسبة من الدَّين المستحق عن تأخره في السداد.

وعلى هذا يُدرج في بنود العقد المتضمن دَيْناً شرطٌ بأن يستحق على المدين أن يسلّم للبنك في حالة التأخر في السداد نسبة معينة يتم صرفها في وجوه الخير بمعرفة هيئة الرقابة الشرعية أو المستشار الشرعي للبنك، كما أنه ليس هناك أيّ قيد على كمية تلك النسبة، فقد تزيد على معدّل الفائدة إن اقتضى ذلك تحقيق فعاليتها[١].

وإن المبلغ المُلْتَزَم بالتبرع به لا يدخل في ملكية البنك، ولا يكون جزءاً من دخله أو ربحه، وإنما يكون أمانة عنده ليصرفها نيابة عن المدين إلى الجهات الخيرية[٢]. وقد يعمد البنك على إنشاء صندوق خاص لهذا الغرض.

ولما كان اشتراط الالتزام بالتبرع أو تقديم صدقة ينصرف أثره إلى غير طرفي العقد، وهو خلاف الأصل؛ إذ آثار العقد إنما تتوجه إلى المتعاقدين؛ فإنه يحسن بيان هذه المسألة من خلال الفرعين التاليين:

*** الفرع الأول: بيان حكم الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي**

إن الاشتراط لمصلحة الغير لا يرتّب أي التزام تجاه غير المتعاقدين، وإنما ينحصر دوره في إحداث وإنشاء حق منتفع به لغير طرفي العقد[٣].

والمقصود بالغير هنا: الشخص الأجنبي تماماً عن العقد، فليس هو

---

(١) د. عبد الستار أبو غدة، البيع المؤجل ص:٩٥.
(٢) محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص:٤٤.
(٣) د. توفيق دياب، حرية الاشتراط في المعاملات ص:٢٣٩.

بطرف فيه، ولا خَلَفاً[1] لأحد المتعاقدين، ولا دائناً لأي منهما[2].

والأساس الذي يجعل للغير (المنتفع) حقاً هو العقد الذي يتم بين المشترط والمتعهد، بشرط عدم اعتبار الغير طرفاً فيه[3]. وهو في هذا خروج عن الأصل، وذلك لاعتبارات متعددة منها ما يرمي إلى تحقيق قدر من العدالة، ومنها ما يهدف إلى مراعاة استقرار التعامل بين الناس[4].

وعلى هذا فما دام هذا الشرط لا يرتب التزاماً على الغير، وفيه تحقيق لمنفعة، وكان مندرجاً ضمن عقد شرعي قائم على التراضي، فإنه يدخل تحت الشروط الجائزة شرعاً على العموم؛ إذ الأصل في العقود والشروط الجواز إذا تأكد خلوّها من الربا والمنهيات الشرعية.

ويمكن الاستدلال على وجود هذا الشرط ومشروعيته في الفقه الإسلامي بما يأتي:

أ ـ من الكتاب:

١ ـ قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ...﴾ [المائدة: ١].

٢ ـ وقال أيضاً: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾ [الإسراء: ٣٤].

ووجه الدلالة من الآيتين أنهما وَرَدَتَا عامتين، وهذا العموم يشمل الاشتراط لمصلحة الغير، وأنَّ هذا الاشتراط مما يجب الوفاء به، والالتزام بعهده[5].

---

(١) الخلف: من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات، أو في جزء منها (ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: ٥/ ١٠).

(٢) د. توفيق دياب، المرجع السابق ص: ٢٣٤.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (١/ ٦٢٨).

(٤) د. توفيق دياب، المرجع السابق ص: ٢٣٤ و٢٣٩.

(٥) المرجع نفسه ص: ٢٣٩.

ب ـ من السُّنَّة:

١ ـ حديث النبي ﷺ: «**المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطاً حَرَّمَ حَلَالاً، أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً**»[١].

ووجه الدلالة من الحديث أنه دعا إلى التزام ما اشترطه المسلم على نفسه، إلا إذا كان في هذا الشرط مخالفة لحكم شرعي، وإن الاشتراط لمصلحة الغير بالتبرع ونحوه من المصالح المعتبرة يدخل في عموم ما أجازه الشرع، بل ورغب فيه.

٢ ـ حديث سفينة رضي الله عنه[٢] قال: «أعتقتني أم سلمة وشرطت عليَّ أن أخدم النبي ﷺ ما عاش...»، وفي لفظ: «كنتُ مملوكاً لأم سلمة، فقالت: أعتقك واشترط عليك أن تخدم رسول الله ﷺ ما عشتَ، فقلت: لو لم تشترطي عليَّ، ما فارقتُ رسول الله ﷺ ما عشتُ، فأعتقتني واشترطت عليّ»[٣].

قال الصنعاني (ت١١٨٢هـ): «الحديث دليل على صحة اشتراط الخدمة على العبد المعتَق، وأنه يصح تعليق العتق بشرط، فيقع بوقوع الشرط، ووجه دلالته أنه علم أنه ﷺ قرر ذلك إذ الخدمة له»[٤].

---

(١) الحديث سبق تخريجه.

(٢) هو سفينة، مولى رسول الله ﷺ، يكنى أبا عبد الرحمٰن، يقال: كان اسمه مِهران، أو غير ذلك، فلُقِّب سفينة، لكونه حَمَلَ شيئاً كثيراً في السفر، مشهور، له أحاديث. (ابن حجر، تقريب التهذيب ص:١٨٥).

(٣) أخرجه: أبو داود، السنن، باب في العتق على الشرط (٤/ ٢٢ ـ ٢٣)؛ وابن ماجه، السنن، كتاب العتق، باب من أعتق عبداً واشترط خدمته (٢/ ٨٤٤)؛ وأحمد، المسند (٦/ ٣١٩)؛ وقال في «عون المعبود»: أن النسائي قال: لا بأس بإسناده (ينظر: محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود. ج١٠، ط:٢؛ بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٥م، ص:٣١٧).

(٤) الصنعاني، سبل السلام (٤/ ١٥٠٤).

وعليه فالحديث نص على صحة الاشتراط في العقد لمصلحة الغير، ذلك أن أم سلمة رضي الله عنها اشترطت لمصلحة الغير، وهو رسول الله ﷺ، الذي علم بالشرط وأقرها عليه ولم ينكره[1].

ويؤيد هذا ما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أعتق رقيق الإمارة وشرط عليهم أن يخدموا الخليفة ثلاث سنين[2].

* موقف المذاهب الفقهية من الاشتراط لمصلحة الغير لمعنى من معاني البر:

أولاً: مذهب الحنفية:

ذهب أبو حنيفة (ت١٥٠هـ) ـ فيما رواه عنه الحسن (ت٢٠٤هـ)[3] ـ إلى صحة اشتراط العتق في البيع، وذلك استناداً على الدلائل التالية[4]:

١ ـ حديث بريرة أنها جاءت إلى أم المؤمنين عائشة تستعينها في المكاتبة، وقد أجاز الرسول ﷺ ذلك[5].

---

(١) د. توفيق دياب، المرجع السابق ص: ٢٤٠.

(٢) أخرجه: عبد الرزاق، المصنف، باب العتق بالشرط (٩/ ١٦٧)؛ وينظر: الصنعاني، سبل السلام (٤/ ١٥٠٤).

(٣) هو الحسن بن زياد اللؤلؤي، الكوفي، أبو علي، من أصحاب أبي حنيفة وممن أخذ عنه وسمع منه، ولي القضاء. من آثاره: أدب القاضي، معاني الإيمان، الخراج، والفرائض (كحالة، معجم المؤلفين ١/ ٥٥٢).

(٤) ينظر: السرخسي، المبسوط (١٣/ ١٥)؛ والكاساني، بدائع الصنائع (٥/ ١٧٠).

(٥) حديث عائشة رضي الله عنها أنه أتتها بريرة تسألها في كتابتها فقالت: إن شئت أعطيت أهلك ويكون الولاء لي، فلما جاء رسول الله ﷺ ذكرته ذلك قال النبي ﷺ: «**ابتاعيها فأعتقيها فإنما الولاء لمن أعتق**»، ثم قام رسول الله ﷺ على المنبر فقال: «**ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له، وإن اشترط مائة شرط**» الحديث متفق عليه وسبق تخريجه بشيء من التفصيل.

٢ ـ إنَّ هذا الشرط متعارف عليه، فالشراء بشرط العتق مما تعارف عليه الناس في الوصايا وغيرها.

٣ ـ إنَّ هذا الشرط ملائم لمقتضى العقد، ذلك أن العتق في المبيع قبض، حتى إذا أعتقه المشتري قبل القبض صار قابضاً، والقبض من أحكام العقد، فاشتراطه في العقد يلائم العقد ولا يفسده[١].

ثانياً: مذهب المالكية:

ذهب المالكية إلى أن الشرط لمصلحة الغير لمعنى من معاني البر الأصل فيه أنه فاسدٌ، ذلك أنه يتنافى ومقتضى العقد، حيث مقتضى العقد أن يكون المشتري وهو المالك الجديد ـ في مسألة البيع بشرط العتق، أو الوقف، أو الهبة ـ له كامل الحرية في التصرف بملكه بما شاء في حدود الشرع، ولكن لما كان الشارع الحكيم يرغّب بتحرير الرقيق، ويتشوّف إلى أعمال البر، استثني هذا الشرط من هذا الحكم لما فيه من الخير[٢].

ثالثاً: مذهب الشافعية:

ذهب الرملي (ت١٠٠٤هـ) من محققي الشافعية إلى صحة أن يشترط البائع على المشتري عتق العبد المباع، أو المكاتبة، أو التدبير[٣]، أو أن يبيع البائع داره ويشترط على المشتري وقفها لجهة ما، وهذه الصحة استثناء من عدم الجواز في الأصل؛ لأنها شروط تخالف مقتضى العقد، ولكن لما كان الهدف من هذه الشروط تحقيق معنى من معاني البر؛ لأنها مؤدية إلى تحرير الأرقاء، أو نفع فقراء المسلمين حالاً أو مآلاً، وهذه

---

(١) د. توفيق دياب، المرجع السابق ص:٢٤١ ـ ٢٤٢.

(٢) ينظر: مالك بن أنس، المدونة (٤/ ١٥٤)؛ ومحمد عرفة، حاشية الدسوقي (٣/ ٦٥ ـ ٦٦)؛ ود. توفيق دياب، المرجع نفسه ص:٢٤٢.

(٣) التدبير: هو قول السيد لعبده: أنت حر عن دبر مني، بمعنى أنت حر بعد موتي (ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٣٨٨).

المعاني يرغب الشارع فيها، ويحث على إيقاعها فقد أجازوها، ثم إن هذه الشروط فيها مصلحة للمتعاقدين لما فيها من الثواب والأجر والمصلحة، كذلك للمعقود عليه هنا، وهو العبد والمجتمع، فكان الرأي الراجح الصحة (في المكاتبة والتدبير) وقيل بالصحة، وبعض فقهاء المذهب يسوي بين الحالين[1].

وذهب النووي (ت٦٧٦هـ) إلى القول: «ولو اشتراه بشرط أن يدبره أو يكاتبه أو يعتقه بعد شهر أو سنة، أو يعلق عتقه، أو اشترى داراً بشرط أن يقفها فطريقان: أصحهما القطع ببطلان البيع، والثاني أنه على الخلاف في شرط الإعتاق»[2].

رابعاً: مذهب الحنابلة:

ذهب الحنابلة إلى جواز اشتراط العتق وحده دون غيره من وجوه البر الأخرى؛ كالوقف والتصدق على الفقراء والمحتاجين، فقد جاء في «كشاف القناع»: «النوع الثاني من الشروط الفاسدة شرط في العقد ينافي مقتضاه... فهذا الشرط لا يبطل البيع لحديث عائشة قالت: جاءتني بريرة... والشرط باطل في نفسه إلا في العتق، فيصح أن يشترطه البائع على المشتري لحديث بريرة، ويجبر المشتري على العتق إن أباه حق لله تعالى كالنذر، فإن امتنع أعتق الحاكم عليه؛ لأنه عتق مستحب، لكونه قربة التزمها؛ كالنذر»[3].

وعلى هذا يظهر لنا أن الحنابلة يذهبون إلى القول بجواز شرط

---

(١) ينظر: الرملي، نهاية المحتاج (٣/ ٦٩)؛ ود. توفيق دياب، المرجع السابق ص: ٢٤٢ _ ٢٤٣.

(٢) النووي، المجموع (٩/ ٣٦٦).

(٣) البهوتي، كشاف القناع (٢/ ٤٠)؛ وينظر: د. توفيق دياب، المرجع السابق ص: ٢٤٣.

العتق استثناء؛ كالحنفية، استناداً لحديث بريرة، كما أن منهم من رأى عدم صحة هذا الشرط كغيره من الشروط المنافية لمقتضى العقد. وقد نصَّ على هذا الخلاف ابن قدامة (ت٦٢٠هـ)[١].

أما ابن تيمية (ت٧٢٨هـ) فقد ذهب إلى أنه: «يصح أن يبيعه الأرض على أن يتخذها مسجداً أو يقفها على كذا، أو يملكه مالاً على أن يتصدق به على الفقراء، أو يهبه لفلان، أو يصل به رحمه، أو يؤدي دين فلان، ويكون العقد صحيحاً والشرط»[٢].

ومن خلال هذا النص يظهر لنا كيف أنَّ من الحنابلة من أجاز الاشتراط بما هو أبعد من العتق إلى كل ما فيه معنى من معاني البر[٣].

وبناء على ما سبق نخلص إلى أن جمهور الفقهاء يجيزون اشتراط العتق سواء عدوه استثناء من القاعدة العامة في العقود، أو اعتبروه على سبيل الأصل. كما أن عدداً من فقهاء المالكية والشافعية أجازوا اشتراط أعمال البر من الوقف أو التصدق أو الهبة، وكل هذا يدل على صحة الاشتراط لمصلحة الغير، سواء أكان هذا الغير معيناً؛ كشخص، أو غير معين؛ كجهة تشمل الكثير دون تحديد[٤].

ـ اعتراضات:

قد يُعترض على الاشتراط لمصلحة الغير بما يلي[٥]:

أ ـ إن هذا الاشتراط فيه تعدية لآثار العقد لغير المتعاقدين، وهذا يخالف القاعدة العامة في العقود.

---

(١) ينظر: ابن قدامة، المغني (٤/ ٦٢).

(٢) ابن تيمية، الفتاوى (٣/ ٣٤٧).

(٣) د. توفيق دياب، المرجع السابق ص:٢٤٣ ـ ٢٤٤.

(٤) المرجع نفسه ص: ٢٤٤.

(٥) المرجع نفسه ص: ٢٤٠.

ب ـ إن هذا الاشتراط شأنه شأن الهبة، إذ لا يصح فيها التعليق على الشرط.

جـ ـ إن في هذا الاشتراط منّة على المنتفع قد لا يقبلها.

ـ الردود:

ويجاب عن هذه الاعتراضات كما يأتي:

أ ـ إن الاشتراط لمصلحة الغير إنما يرد في العقود على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة، ولكل قاعدة مستثنياتها، خاصة وأن هذا الشرط لا يرتب إلا الأثر الإيجابي للغير بحيث يتمثل في إفادة هذا الغير بمنفعة معتبرة شرعاً، كما أنه في المقابل لا يثبت أي التزام تجاه الطرف المستفيد المشروط له(١).

ب ـ إن مسألة تعليق الهبة على الشرط اختلف الفقهاء بشأنها ومن ثم لا يُسلَّم بحكم عدم الجواز المذكور.

وللفقهاء في تعليق الهبة على الشرط قولان:

ـ **القول الأول**: لا يصح تعليق الهبة على شرط. وهو قول الحنفية(٢)، والشافعية(٣)، والحنابلة في الرواية المشهورة(٤).

ـ **القول الثاني**: يصح تعليق الهبة على شرط. وهو قول المالكية(٥)،

---

(١) د. توفيق دياب، المرجع السابق ص: ٢٤٠.

(٢) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٦/ ١١٨)؛ وابن نجيم، الأشباه والنظائر ص: ٤٣٦.

(٣) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٤٦)؛ والنووي، روضة الطالبين (٥/ ٣٦٦)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ٣٩٨).

(٤) ينظر: ابن مفلح، الفروع (٤/ ٦٤٠)؛ والمبدع (٥/ ٣٦٧)؛ والمرداوي، الإنصاف (٤/ ٣٥٧).

(٥) ينظر: محمد عرفة، حاشية الدسوقي (٤/ ١١٦)؛ والأزهري، جواهر الإكليل (٢/ ٢١٧).

والحنابلة في رواية[1] اختارها ابن تيمية (ت٧٢٨هـ)[2]، وتلميذه ابن القيم (ت٧٥١هـ)[3].

الأدلة:

أ ـ أدلة القول الأول:

١ ـ إن الهبة تمليك لمعين في الحياة، فلا يصح تعليقها على شرط؛ كالبيع[4].

٢ ـ إن عقد الهبة يبطل بالجهالة، وإن التعليق بالشرط يوجب الجهالة[5].

ب ـ أدلة القول الثاني:

١ ـ حديث أم كلثوم رضي الله عنها قالت: لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة قال لها: «**إِنِي أَهْدَيْتُ إِلَى النَّجَاشي حُلَّةً وَأَوَاقِيَ مِسْكٍ، وَلا أَرَاهُ إِلا قَدْ مَاتَ، وَلا أَرَى هَدِيَّتي إِلا مَرْدُودَة عَلَيَّ، فَإِنْ رُدَّتْ فَهِيَ لَكِ...**»[6].

ووجه الدلالة أن النبي ﷺ عَلَّقَ هبته لزوجه أم سلمة على رجوعها

---

(١) ينظر: المرداوي، الإنصاف (٤/ ٣٥٧)؛ والبهوتي، كشاف القناع (٤/ ٣٠٧).

(٢) ينظر: ابن تيمية، نظرية العقد ص:٢٢٧.

(٣) ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين (٣/ ٣٨٦).

(٤) ينظر: ابن قدامة، المغني (٨/ ٢٥٠).

(٥) ينظر: الشيرازي، المهذب (١/ ٤٤٨).

(٦) أخرجه: أحمد، المسند (٦/ ٤٠٤)؛ وابن حبان، صحيح ابن حبان (١١/ ٥١٦) من طريق مسلم بن خالد المخزومي مولاهم، المعروف بالزَّنجي، وهو فقيه صدوق كثير الأوهام، وقال الشوكاني: وثقه ابن معين، وضعفه جماعة، كما اختار الألباني تضعيفه. (ينظر: ابن حجر، تقريب التهذيب ص:٤٦٢؛ والشوكاني، نيل الأوطار٥/ ٣٤٧؛ والألباني، إرواء الغليل ٦/ ٦٢).

من النجاشي، وهذا الدليل صريح في المسألة[1].

٢ ـ حديث جابر بن عبد الله ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «**لَوْ قَدْ جَاءَني مَالُ البَحْرَيْنِ لأعْطَيْتُكَ هَكَذَا، وَهَكَذَا**»، فلم يجئ حتى قُبض رسول الله ﷺ[2].

وفي هذا الحديث دلالة صريحة ـ أيضاً ـ على صحة تعليق الهبة على شرط، وتسمى قبل تحقق الشرط بالهبة الموعودة[3].

٣ ـ إن في تعليق الهبة على الشرط منفعة، ذلك أن هذا الشرط يحقق قدراً من التوسعة على الواهب بحيث يرفع عنه الحرج الذي قد يحصل بالتنجيز، كما أنه من جهة أخرى فيه حث على التبرع والإحسان[4].

• المناقشة والترجيح:

أ ـ مناقشة أدلة القول الأول:

يمكن أن يجاب عن أدلة أصحاب القول الأول بما يلي[5]:

١ ـ إن قياس الهبة على البيع قياس مع الفارق، إذ البيع عقد معاوضة، في حين نجد الهبة عقد تبرع، ومن ثم فليس هناك ما يمنع من أن يدخل في التبرع تعليق.

---

(١) د. إبراهيم بن ناصر الحمود، «التعليق في عقود التبرع والتوثيق» مجلة البحوث الفقهية المعاصرة (الرياض: العدد ٤٤، السنة ١١، رجب ١٤٢٠هـ ـ نوفمبر ١٩٩٩م) ص: ١٢٤.

(٢) أخرجه: الإمام البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الجهاد، باب ومن الدليل على الخمس. . . (٣/ ١١٤٢).

(٣) د. إبراهيم بن ناصر الحمود، المرجع السابق ص: ١٢٤.

(٤) المرجع نفسه.

(٥) المرجع نفسه ص: ١٢٣.

٢ ـ إن حقيقة التعليق على الشرط هو وجود الشيء عند تحقق الشرط المعلق عليه، ولا جهالة في ذلك، لا سيما أن هبة المجهول جائزة على القول الصحيح.

ب ـ الترجيح:

من خلال عرض أدلة الفريقين وبيانها يظهر ـ والله أعلم ـ أن الراجح في المسألة هو القول الثاني الذي يرى صحة تعليق الهبة على الشرط، وذلك للأسباب التالية:

١ ـ قوة حديث جابر المستدل به مما يقوي الأخذ بحديث أم كلثوم رغم ما وُجِّه له من تضعيف.

٢ ـ ورود اعتراضات وجيهة على ما استدل به أصحاب القول الأول.

٣ ـ ظهور المصلحة في التعليق على الشرط، فهو شروع في العقد مآله إلى اللزوم عند حصول المعلَّق عليه، ولانتفاء المفسدة بالتعليق، وهو الأمر الذي تدل عليه مقاصد الشريعة[(١)].

جـ ـ أما القول بأن في الاشتراط لمصلحة الغير منَّة على المنتفع قد لا يقبلها، فإنه لا بد من تحقق قبول الشخص المنتفع بهذا الشرط[(٢)].

*** الفرع الثاني: موقف الفقهاء من شرط الالتزام بالتبرع أو التصدق عند تأخير سداد الديون**

إن الالتزام بالتبرع أمر معهود في الشرع، يهدف إلى تأكيد العزم على أمر من الأمور، ومنه النذور والكفارات في الحنث باليمين ونحوها[(٣)].

---

(١) د. إبراهيم بن ناصر الحمود، المرجع السابق ص: ١٢٤.

(٢) د. توفيق دياب، المرجع السابق ص: ٢٤٠.

(٣) د. عبد الستار أبو غدة، البيع المؤجل ص: ٩٥.

هذا، ويمكن ملاحظة اتجاهين للفقهاء في مسألة شرط الالتزام بالتبرع أو التصدق عند تأخير سداد الديون، وهما:

ـ الاتجاه الأول: عدم جواز هذا الشرط.

وهو المشهور عند المالكية[1]، ومقتضى قول الحنفية[2]، والشافعية في قول[3].

ولقد تمسك أصحاب هذا الاتجاه بأن هذا الشرط لا يقتضيه العقد، ولا يلائم موجبه لأن فيه منفعة لأجنبي، كما أن فيه ضرراً على أحد العاقدين، ثم إن الجبر على التطوع غير مشروع[4].

والأصل عند المالكية أن الالتزام إذا كان على وجه القربة فإنه يلزم الملتزم في القضاء باتفاق علمائهم. أما إذا كان الالتزام على وجه اليمين، بمعنى أن يكون معلقاً على أمر يريد الملتزم الامتناع عنه ففي لزومه في القضاء خلاف. فذهب بعضهم على أنه لا يُقضى به في الحكم، وخالفهم آخرون فجعلوه لازماً في القضاء[5].

قال أبو الوليد بن رشد (ت٥٢٠هـ): هو غير صحيح على ما في المدونة، وهو المشهور في المذهب من أن الصدقة بيمين لا يحكم بها[6].

وقال في «المقدمات»[7]: «وأما إذا قيّد ما أوجب على نفسه من

---

(١) ينظر: الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص:١٧٦.

(٢) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٥/ ١٧٠ ـ ١٧١).

(٣) ينظر: النووي، المجموع (٩/ ٣٥٨).

(٤) العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص:٤٥؛ ود. أبو غدة، المرجع السابق ص:٩٥.

(٥) العثماني، المرجع نفسه ص:٤٥.

(٦) بواسطة: الحطاب، تحرير الكلام ص:١٧٠.

(٧) ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات (١/ ٤٠٥ ـ ٤٠٦).

ذلك بشرط من فعل يقدر على فعله وتركه، مثل أن يقول: إن فعلت كذا وكذا، أو إن لم افعل كذا وكذا فعليَّ كذا وكذا فليس بنذر وإنما هي يمين مكروهة، لقول رسول الله ﷺ: «**مَنْ كَانَ حَالِفاً فَلْيَحْلِفْ باللهِ أَوْ لِيَصْمُتْ**»[1]. إلا أنها لازمة عند مالك فيما يلزم فيه النذر من الطاعات، وفي الطلاق وإن لم تكن لله فيه طاعة؛ لأن الحالف بالطلاق مطلق على صفة، ويقضي به عليه وبالعتق المعين، بخلاف ما سوى ذلك من المشي والصدقة لمعين أو لغير معين والعتق الذي ليس بمعين إلا أن يخرج ذلك من تقييده مخرج النذر، مثل أن يقول إن فعلت كذا وكذا، أو إن أفعل فللَّه عليَّ كذا وكذا، فلا يلزمه في الطلاق إذ ليس لله فيه طاعة، ويلزمه فيما عدا ذلك من الطاعات دون أن يُقضى عليه في شيء من ذلك، وإن كان عتقاً بعينه».

وقال في «بداية المجتهد»[2]: «واتفقوا على أن من نذر أن يجعل ماله كله في سبيل الله أو في سبيل من سبل البر أنه يلزمه، وأنه ليس ترفعه الكفارة وذلك إذا كان نذراً على جهة الخبر لا على جهة الشرط، وهو الذي يسمونه يميناً. واختلفوا فيمن نذر ذلك على جهة الشرط مثل أن يقول: مالي للمساكين إن فعلت كذا ففعله؛ فقال قوم: ذلك لازم؛ كالنذر على جهة الخبر ولا كفارة فيه، وهو مذهب مالك في النذور التي صيغتها هذه الصيغة، أعني أنه لا كفارة فيه؛ وقال قوم: الواجب في ذلك كفارة يمين فقط، وهو مذهب الشافعي في النذور التي مخرجها مخرج الشرط؛ لأنه ألحقها بحكم الأيمان؛ وأما مالك فألحقها بحكم النذور».

---

(١) أخرجه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشهادات، باب كيف يستحلف... (٢/ ٩٥١) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد (١/ ٤٢٧).

وقال أيضاً[1]: «واتفق الجمهور في الأعيان التي ليست أقساماً بشيء وإنما تخرج مخرج الإلزام الواقع بشرط من الشروط، مثل أن يقول القائل: فإن فعلت كذا فعليَّ مشي إلى بيت الله، أو إن فعلت كذا وكذا فغلامي حرٌّ، أو امرأتي طالق أنها تلزم في القرب، وفيما إذا التزمه الإنسان لزمه بالشرع مثل: الطلاق والعتق».

ـ الاتجاه الثاني: جواز شرط الالتزام بالتبرع، أو التصدق عند تأخر سداد الديون.

وهذا قول محمد بن إبراهيم بن دينار[2]، وعبد الله بن نافع[3] من المالكية[4]، وهو مقتضى قول الحنابلة، وكذا الشافعية في قول[5].

قال أبو عبد الله الحطاب (ت٩٥٤هـ): «. . . وأما إذا التزم أنه إن لم يوفه حقه في وقت كذا فعليه كذا وكذا لفلان، أو صدقة للمساكين، فهذا هو محل الخلاف المعقود له هذا الباب، فالمشهور أنه لا يقضي به

(١) المرجع السابق (١/ ٤١٠).

(٢) هو محمد بن إبراهيم بن دينار الجهني مولاهم، أبو عبد الله، فقيه فاضل له علم بالرواية والدراية، من أعلام الفتوى بالمدينة، قال أشهب والشافعي: ما رأينا في أصحاب مالك أفقه من ابن دينار، ودرس مع مالك على ابن هرمز، وتوفي سنة ١٨٢هـ. (ابن فرحون، الديباج المذهب ٢/ ١٤٢).

(٣) هو عبد الله بن نافع مولى بني مخزوم المعروف بالصائغ، أبو محمد، كان صاحب رأي مالك ومفتي المدينة بعده، كان أصم أمي لا يكتب، قال: صحبت مالك أربعين سنة ما كتبت عنه شيء وإنما كان حفظاً أحفظه، وهو الذي سمع منه سحنون وكبار أتباع أصحاب ملك، توفي سنة ١٨٦هـ. (ابن فرحون، المرجع نفسه ١/ ٣٦٠).

(٤) الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص: ١٧١ و١٧٦؛ ود. أبو غدة، البيع المؤجل ص: ٩٥؛ والعثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص: ٤٥ ـ ٤٦.

(٥) د. أبو غدة، المرجع نفسه ص: ٩٧؛ ود. محمد عثمان شبير، صيانة المديونات، مرجع سابق (٢/ ٨٧٩).

كما تقدم، وقال ابن دينار: يقضي به...»[1].

وقال أيضاً: «ولابن نافع أيضاً من باع سلعة من رجل وقال إن خاصمتك فيها فهي صدقة عليك فخاصمه فيها أن الصدقة تلزمه...»[2]، وقال أيضاً: «ومثل مسألة ابن نافع التي ذكرها ابن رشد ما يكتب الآن في مستندات البيع أن البائع التزم للمشتري، أو عليه للفقراء كذا وكذا فلا يحكم عليه بذلك على المشهور، ويحكم بذلك على قول ابن نافع»[3].

ومما يتأيد به هذا الاتجاه حديث رسول الله ﷺ: «**الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطاً حَرَّمَ حَلَالاً أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً**»[4]، ومعلوم أن الشرط المذكور ليس مما يحلّ الحرام أو يحرم الحلال، بل إنه يحقق المعروف المأمور به شرعاً من بذل المال في أوجه الخير.

أما على مقتضى قول الحنابلة، فلأن أصول أحمد بن حنبل (ت٢٤١هـ) لا تمنع من اشتراط هذا الشرط؛ لأنه شرط تضمن مقصوداً صحيحاً وهو التصدق[5].

قال ابن تيمية (ت٧٢٨هـ): أصول أحمد ونصوصه تقتضي جواز شرط كل تصرف فيه مقصود صحيح، وإن كان فيه منع من غيره. قال ابن القاسم: قيل لأحمد: الرجل يبيع الجارية على أن يعتقها؟ فأجازه. فقيل له: فإن هؤلاء ـ يعني: أصحاب أبي حنيفة ـ يقولون: لا يجوز البيع على هذا الشرط، قال: لم لا يجوز؟ قد اشترى النبي ﷺ بعير جابر واشترط

---

(١) الحطاب، المرجع السابق ص:١٧٦.
(٢) المرجع نفسه ص:١٧١.
(٣) المرجع نفسه ص:١٧٢.
(٤) الحديث سبق تخريجه.
(٥) د. أبو غدة، المرجع السابق ص:٩٧.

ظهره إلى المدينة، واشترت عائشة بريرة على أن تعتقها، فلم لا يجوز هذا؟... وقال أحمد بن الحسين ابن حسان: سألت أبا عبد الله عمن اشترى مملوكاً واشترط: هو حرٌّ بعد موتي؟ قال: هذا مدبر فيجوز اشتراط التدبير؛ كالعتق، ولأصحاب الشافعي في شرط التدبير خلاف[1].

• **اعتراض وردّه:**

وقد يوجَّه اعتراض بأن قياس الصدقة على العتق قياس مع الفارق، ذلك أن العتق أفضل من الصدقة؛ لأن الشارع يتشوف إلى تحرير العبيد وعتقهم وتفتح له الأبواب بخلاف الصدقة[2].

وأورد الحطاب (ت٩٥٤هـ): «... ولو قال إن بعتُ هذا الشيء فهو صدقة فباعه، فإنه لا ينتقض البيع بخلاف اليمين بالعتق؛ لأن الصدقة لا يجبر على إخراجها كانت على رجل بعينه، أو على المساكين؛ لأنها يمين، وإنما يفترق هذا فيما كان يتله بغير يمين وتستحب له الصدقة بالثمن الذي قبض، وأما العتق فهو محكوم عليه به فهذا مختلف»[3].

والجواب:

إن الفارق المدَّعى بين الصدقة والعتق ضعيف، ذلك أن بعض التبرعات أفضل من العتق[4]، فإن صلة الرحم المحتاج أفضل منه كما نص عليه أحمد بن حنبل (ت٢٤١هـ)، فإن ميمونة[5] رضي الله عنها زوج النبي ﷺ

---

(١) ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق: محمد حامد الفقي (لا. ط؛ القاهرة: مطبعة السُّنَّة المحمدية، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٠م) ص: ٢١٢ - ٢١٣، وينظر: النووي، المجموع (٩/ ٣٥٧)، ود. عبد الستار أبو غدة، المرجع السابق ص: ٩٧.

(٢) د. عبد الستار أبو غدة، المرجع السابق ص: ٩٧.

(٣) الحطاب، المرجع السابق ص: ١٧٤.

(٤) د. عبد الستار أبو غدة، المرجع السابق ص: ٩٧.

(٥) هي ميمونة بنت الحارث الهلالية، زوج النبي ﷺ، قيل: كان اسمها بَرَّة، فسماها النبي ﷺ ميمونة، وتزوجها سنة سبع، وكانت وفاتها سنة ٥١هـ. =

أعتقت جارية لها، فقال لها ﷺ: «**آجَرَكِ اللهُ، أَمَا إِنَّكِ لَوْ كُنْتِ أَعْطَيْتِهَا أَخْوَالَكِ كَانَ أَعْظَمَ لأَجْرِكِ**»[1]. لهذا لو كان للميت أقارب لا يرثون كانت الوصية لهم أولى من الوصية بالعتق[2].

- الترجيح:

من خلال عرض وجهتي النظر حول مسألة شرط الالتزام بالتبرع أو التصدق عند تأخير سداد الديون يظهر - والله أعلم - أن الرأي الثاني هو الراجح؛ وذلك للأسباب التالية:

١ - ما سبق بيانه من أن جمهور الفقهاء يجيزون اشتراط العتق استناداً إلى نصوص من السُّنَّة، وظهور وجاهة القياس على ذلك في باقي أعمال البر والتبرع ومنها: الصدقة، والهبة، والوقف ونحوها.

٢ - ما سبق ترجيحه من جواز تعليق الهبة على الشرط.

٣ - وجاهة القول بأن هذا الشرط يتضمن مقصوداً شرعياً معتبراً، ويحقق عدداً من المصالح الشرعية سواء للفقراء والمحتاجين المنتفعين بآثار هذا الشرط، أو الدائنين الذين يوفر لهم قدراً من الاطمئنان، وكذا المدينين، حيث يكون هذا الشرط من أهم المحفزات على سداد الالتزامات في مواعيدها.

هذا، وقد رجح عدد من الفقهاء المعاصرين جواز الشرط المذكور، نذكر منهم على سبيل المثال لا الحصر: محمد تقي العثماني نائب رئيس مجمع الفقه الإسلامي بجدة[3]، ود. وهبة الزحيلي أستاذ

= (ابن حجر، تقريب التهذيب ص: ٦٧٠).

(١) أخرجه: الإمام أحمد، المسند (٦/ ٣٣٢)؛ والطبراني، المعجم الكبير (٢٣/ ٤٤٠) و(٢٤/ ٢٣) من حديث سليمان بن يسار رضي الله عنه.

(٢) ينظر: ابن تيمية، المرجع السابق ص: ٢١٧ - ٢١٨.

(٣) العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص: ٤٦.

ورئيس قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه بكلية الشريعة جامعة دمشق وعضو المجامع الفقهية[1]، ود. عبد الستار أبو غدة المستشار الشرعي لمجموعة دلة البركة، والمقرر العام لمجمع الفقه الإسلامي بجدة[2]، ود. محمد عثمان شبير الأستاذ بكلية الشريعة بالجامعة الأردنية[3].

المطلب الثالث

دور اشتراط حلول الأقساط أو التصدق في حماية الديون

إن معالجة هذا المطلب تستدعي تجزئته إلى فرعين اثنين: يتناول الأول دور اشتراط حلول الأقساط في حماية الديون من مماطلة المدين، في حين يدرس الثاني دور التصدق.

* الفرع الأول: دور اشتراط حلول الأقساط في حماية الديون

قد يسعى المرء إلى قضاء حاجة إن كان فاقداً للمال عن طريق الاقتراض من غيره، إلا أن سلوك الناس مختلف في هذا الميدان؛ فمنهم من يحرص على أن يقترض على قدر حاجته، ومنهم من يتوسع فيزيد عن حاجته، ومنهم من يأخذ بعين الاعتبار مقدرته المادية على الوفاء بالتزاماته مستقبلاً، ومنهم من يغفل أو يتغافل عنها، فالذي يراعي إمكاناته المادية، واقترض على قدر الحاجة المعترضة، فقد التزم الصواب؛ لأنه نظر في حاله ومآله، وأجرى بعد ذلك حساباته، فكانت النتيجة أن توصّل إلى غلبة الظن أنه سيتمكن بكل يسر من سداد ديونه.

وفي المقابل نجد الذي اقترض فوق حاجته وتجاوز مقدرته

---

(١) د. وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة ص:١٧٨.

(٢) د. عبد الستار أبو غدة، البيع المؤجل ص:٩٨.

(٣) د. محمد عثمان شبير، صيانة المديونات، مرجع سابق (٢/ ٨٧٩).

المادية، فلا شك أنه يُعرِّض نفسه للملامة؛ لأنه أقدم على ما لا ينبغي، فكان مجانباً للصواب، ومحمِّلاً ذمته فوق طاقتها[1].

والحقيقة أن وجود الأجل في المعاملات إنما هو لتحقيق الرفق واليسر في البيع والشراء، ورفع الحرج عن ذوي الحاجات في تحصيل بعض المنافع وسدِّ بعض متطلبات الحياة العاجلة، ولكي يتمكنوا من سداد ديونهم وفق ما يتيسر لهم مستقبلاً[2] لما تتحسن أوضاعهم المادية، خاصة بالنسبة للموظفين والعمال الأجراء وذوي المنح والمعاشات.

ولما كان الذين يلجأون إلى الاقتراض وفق صيغة البيع بالتقسيط، أو وفق عقد القرض لا نضمن أنهم أحسنوا دراسة وضعيتهم المالية الحالية والمستقبلية، وأنهم في حاجة فعلاً إلى الاقتراض؛ فإن وضعية الدائن تحتاج إلى قدر من الاطمئنان في أن مستحقاته ستصله في مواعيدها المحدودة لكي يبرمج وفق وضعيته المالية أعماله التجارية وغير التجارية في مواعيدها دون أن يتضرر وتتعطل مصالحه ومصالح المتعاملين معه.

وبناء عليه، فلكي يضمن الدائن التزام المدين بما عليه، فإن الاتفاق على شرط حلول الأقساط ـ إن أخلَّ المدين بالتزامه ـ يحقق قدراً كبيراً من الضمان لدى الدائن؛ ذلك أن هذا الشرط يفترض فيه أن يكون خير دافع للمدين ليكون أكثر حرصاً على سداد ما عليه في مواعيده المحددة، وإلا فسوف يتسبب بسلوكه المخالف للالتزام من حرمان نفسه من الامتيازات التي تحصَّل عليها وفقاً لصيغة المعاملة الآجلة كالبيع بالتقسيط أو القرض المقسّط الذي أقدم عليه تحقيقاً لاحتياجاته ومتطلباته العاجلة.

---

(١) د. حسن محمد الرفاعي، العسرة المادية ص:١٠٢.

(٢) د. عبد الستار أبو غدة، البيع المؤجل ص:١٩.

ونظراً لما تحققه الآجال تلك من فوائد وتسهيلات للمعاملات المالية بين الناس؛ فإن اشتراط إلغائها ـ إن تسبب المدين في تعطيل فائدتها ـ يجعل الموقف كله في يد المدين ومدى حرصه على استمرار انتفاع من تلك الآجال.

ومن ثم فالأصل أن يكون المدين وفقاً لوجود هذا الشرط أكثر حرصاً على سداد الأقساط في مواعيدها المتفق عليها، وذلك تحقيقاً لما يلي:

١ ـ الوفاء بالوعد الذي قطعه على نفسه بمقتضى عقد الدَّين بأداء الأقساط في مواعيدها.

٢ ـ أداء الأمانة إلى أهلها في مواعيدها، وعدم تعطيلها وتسبيب ضرر للطرف المقابل الذي قدَّم القرض الحسن، أو السلعة المتفق عليها بكل ثقة وأمان لينتفع المدين.

٣ ـ ضمان استمرار الاستفادة من الأجل في المعاملة بما يتضمنه من رفق وتيسير في السداد، ذلك أن تقسيط الأعباء المالية على دفعات يحقق اليسر والسهولة ويقلل من مخاطر الأزمات المالية والضيق وقلة ذات اليد والاستعداد للمصاريف الطارئة.

وبناء على ما سبق فالظاهر أن هذا الشرط يحقق هدفاً معتبراً في ضمان الالتزام بسداد أقساط الدين في مواعيدها، وعدم اللجوء إلى المماطلة والتسويف إلا إذا كانت هناك ظروف قاهرة ملجئة.

وإذا أجبرت الظروف الطارئةُ المدينَ على التخلّف عن سداد الأقساط في مواعيدها؛ فإنه ينبغي مراعاتها والأخذ بالإرشاد الإلهي بإعطاء فرصة أخرى للمدين: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

ولتحقيق ذلك يحسن بالدائن سواء أكان تاجراً أم مصرفاً أن يتخذ

من الوسائل ما يمكنه من التحقق من الوضعية المالية للمدين المتخلف عن سداد الأقساط بالاتصال المباشر بالمدين، أو تشكيل لجنة لدى المصرف للنظر في ملف المدين وجمع البيانات اللازمة حوله. ومن ثم يُمنح المعسر أجلاً يُتوقع فيه خروجه من مأزق الحاجة وقلة ذات اليد.

أما إن لم يكن هناك ظرف طارئ دفع بالمدين إلى الإخلال بالتزامه، وإنما هي المماطلة والتسويف أو إضمار الخيانة؛ فإن للدائن أن يباشر تطبيق إجراء حلول الأقساط، وذلك من خلال الضمانات الممنوحة للدين سواء أكانت صكوكاً (شيكات)، أو رهون، أو كفالات مالية ونحوها.

فإن كان الدَّين خالياً ممن ذكرنا من الضمانات فيكون اللجوء عندها في حل النزاع إلى محاولة إجراء الصلح، أو التحكيم، أو رفع المشكلة إلى القضاء.

*** الفرع الثاني: دور اشتراط التصدق في حماية الديون من المماطلة**

تعتبر الصدقة من أوسع سبل الإنفاق في الإسلام، وقد يذهب كثير من المسلمين إلى اعتبارها مظهراً يفوق الزكاة أهمية؛ على أساس أن الزكاة لا بد من دفعها، والمرء مسؤول عنها ومحاسب عليها، في حين تكون صدقة التطوع أوسع مجالاً بحيث تمكّن المسلم من كسب رضوان الله تعالى عن طريق المسارعة في الخيرات وأعمال البرّ[1].

قال الله تعالى واصفاً المؤمنين: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ هُم مِّنْ خَشْيَةِ رَبِّهِم مُّشْفِقُونَ ﴿٥٧﴾ وَٱلَّذِينَ هُم بِـَٔايَـٰتِ رَبِّهِمْ يُؤْمِنُونَ ﴿٥٨﴾ وَٱلَّذِينَ هُم بِرَبِّهِمْ لَا يُشْرِكُونَ ﴿٥٩﴾ وَٱلَّذِينَ

(١) د. محمود بابللي، الكسب والإنفاق وعدالة التوزيع في المجتمع الإسلامي (ط:١؛ بيروت: المكتب الإسلامي، والرياض: دار الخاني، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م) ص:١٢٧.

﴿يُؤْتُونَ مَآ ءَاتَواْ وَّقُلُوبُهُمْ وَجِلَةٌ أَنَّهُمْ إِلَىٰ رَبِّهِمْ رَٰجِعُونَ ۝٦٠ أُوْلَٰٓئِكَ يُسَٰرِعُونَ فِى ٱلْخَيْرَٰتِ وَهُمْ لَهَا سَٰبِقُونَ ۝٦١﴾ [المؤمنون: ٥٧ ـ ٦١].

وقال أيضاً: ﴿يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَيَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ وَيُسَٰرِعُونَ فِى ٱلْخَيْرَٰتِ وَأُوْلَٰٓئِكَ مِنَ ٱلصَّٰلِحِينَ ۝١١٤ وَمَا يَفْعَلُواْ مِنْ خَيْرٍ فَلَن يُكْفَرُوهُ وَٱللَّهُ عَلِيمٌۢ بِٱلْمُتَّقِينَ ۝١١٥﴾ [آل عمران: ١١٤، ١١٥].

وقد وردت أحاديث نبوية كثيرة ترغِّب في الصدقة وتحث عليها، ومنها ما يؤكد أنه ما نقص مال من صدقة(١)، وأن خير الصدقة ما كان عن ظهر غنىً(٢)؛ أي: أنه أعطاه مَن له ثروة ومال، فكأنه أسند ظهره إلى غناه وماله. كما يؤكد ﷺ أن اليد العليا وهي التي تنفق خير من اليد السفلى(٣) إلى غير ذلك من المعاني التي حرص من خلالها النبي ﷺ على تأكيد أهمية الصدقة في الإسلام.

وعلى هذا فالصدقة مندوبة بالإجماع؛ لأنها من أنواع المعروف والإحسان(٤).

---

(١) جزء من حديث أبي كبشة الأنماري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**ما نقص مال من صدقة...**»، (أخرجه: الترمذي، الجامع الصحيح، كتاب الزهد، باب ما جاء في مثل الدنيا مثل أربعة نفر... ٤/ ٥٦٢ وقال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح»؛ وأخرجه: أحمد، المسند ٤/ ٢٣١؛ والطبراني، المعجم الكبير ٢٢/ ٣٤١).

(٢) حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وابدأ بمن تعول**» (أخرجه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الزكاة، باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى... ٢/ ٥١٨).

(٣) حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**اليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول، وخير الصدقة عن ظهر غنى، ومن يستعفف يعفه الله، ومن يستغن يغنه الله**» (أخرجه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الزكاة، باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى... ٢/ ٥١٨؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب الزكاة، باب بيان أن اليد العليا خير من اليد السفلى... ٢/ ٧١٧).

(٤) أبو بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك ج٣ (ط: ١؛ =

ولما كان المعروف والإحسان واسع الأبواب، وإنفاق التطوع ممدوداً غير محدود، ومتروك أمره لأريحية المسلم لكي يحرص على تحصيل رضوان ربه، فإنه ـ مع ذلك ـ لا يصح منه إن كان مترتباً عليه شيء من نفقات الفريضة؛ لأن إنفاق الفريضة يلتزم به الفرد المسلم، ويبقى مسؤولاً عنه عند تقصيره ـ مع القدرة على دفعه ـ؛ أي: أن ذمته تبقى مشغولة به حتى سداده، فهو مدين له. والمدين لا يصح منه التبرع وذمته مشغولة بالدين(١).

وبناء عليه فإن الأولوية بالنسبة للمدين أن يؤدي الدين الذي عليه في موعده المحدد، ويحرص على ذلك أتم الحرص. ولكي يزداد ذلك الحرص تأكيداً، فإن اشتراط تقديم المدين لصدقة، أو تبرع لوجه من أوجه الخير ـ إن أخلَّ بالتزامه وتأخر في سداد قسط مما عليه دون عذر شرعي ـ يجعل المدين في موقف حرج؛ فلو وافق على هذا الشرط فإنه سيكون ملتزماً بتقديم هذه الصدقة الموعودة إن تأخر في سداد ما عليه، ومن ثم يكون كمن أُلجئ إلى فعل طاعة، فيؤديها وهو على يقين من أنه محروم من ثوابها؛ لأنه لم يكن ينوي من تلقاء نفسه القيام بها. وعليه فشرط التصدق يدفع المدين إلى الحرص على الوفاء بالتزامه بأداء أقساط الدين في مواعيدها المحددة، وإن ظهر له أن يتصدق فإنه يكون في حِلٍّ من الشرط المضروب، فينفق مما أفاء الله عليه بكل حرية وأريحية رجاء رضوان الله تعالى.

هذا، ويظهر أن اشتراط تقديم صدقة معلومة إن تأخر المدين في سداد قسط، أو أقساط مما عليه يحقق فوائد كثيرة منها:

= القاهرة: مطبعة عيسى الحلبي، د.ت ـ تصوير: دار الفكر ببيروت، د.ت) ص:٨٨.

(١) د. محمود بابللي، الكسب والإنفاق ص:١٢٦.

١ ـ الضغط على المدين لأداء الدين في وقته[١]؛ ولئن كان هذا التبرع المشروط لا يؤدي لتعويض الدائن عن الفرصة الضائعة البديلة، فإنه سيتفادى زيادة ما يستحق في حالة التأخير. ولو ترك المدين دون عبء مالي إضافي، فإنه سيبادر لسداد الديون وفق الصيغ الربوية التي ترتب عليه فوائد تأخير، ومن ثم يهمل سداد ديون البنوك الإسلامية والمعاملات الشرعية[٢].

٢ ـ سدِّ باب المماطلة إذ تأثير هذا الشرط أكثر من تأثير اقتراح التعويض؛ لأن مقدار التبرع ليس بالضرورة أن يكون بمقدار الأرباح الحاصلة في حساب الاستثمار في مدة المماطلة، بل يمكن أن يكون أكثر من ذلك، وقد يكون معيناً على أساس نسبة من مبلغ الدَّين[٣].

٣ ـ التحرُّز من الوقوع في الربا؛ لأن هذا التبرع لا يدخل في ملك المصرف شيئاً بل يصرف إلى الجهات الخيرية[٤].

٤ ـ عدم التأثير السلبي على سمعة البائع سواء أكان هو التاجر الفرد أم البنك الإسلامي، حتى في حالة تقدير قيمة المبلغ المتبرع به بنسبة مشابهة لنسبة الفائدة الربوية؛ لأن هذه الزيادة في المديونية لا يتملكها البنك الدائن، وإنما يكتفي بتحصيلها ثم توصيلها إلى الجهات الخيرية المقصودة، ويقع ذلك كله بإشراف هيئة الرقابة الشرعية للبنك[٥].

٥ ـ إمكانية إنشاء صندوق خاص منفصل عن ملكية البنك، بحيث يكون عبارة عن وقف لبعض المقاصد الخيرية، ويشرف البنك على إدارته

---

(١) محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص: ٤٥.

(٢) د. عبد الستار أبو غدة، البيع المؤجل ص: ٩٥.

(٣) العثماني، المرجع السابق ص: ٤٥.

(٤) المرجع نفسه.

(٥) د. عبد الستار أبو غدة، المرجع السابق ص: ٩٥.

ومتابعته، ويكون من مقاصد هذا الصندوق تقديم قروض حسنة لأصحاب الحاجة[1].

وعليه، فإن شرط التصدق المذكور يشكل دفعاً لمشاريع الصدقات والتبرعات التي كانت، ولا تزال تؤدي دورها الكبير في مساعدة الفقراء والمحتاجين في المجتمع، ويمكن أن يتم صرف جزء من تلك الصدقات - في الوقت الحاضر - إلى جمعيات خيرية تؤسس للقيام بأعمال البر المتعددة، مثل: مساعدة المحتاجين، وتأهيل المعوقين، وتعليم الأميين، وبناء العيادات والمستشفيات والملاجئ والمدارس للفقراء[2].

ومن خلال العرض السابق نجد أن التصدق، أو التبرع المقصود في الشرط المذكور، إنما يتوجه لفائدة شخص أجنبي عن العاقدين، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً، لكن التساؤل الذي يمكن طرحه هنا: أن المدين وبعد حصول الشرط واستحقاقه من قبل المستفيد، قد يطالب بالتراجع فيما وهبه لكي يسترد المال؛ لأن ما قدّمه كان تبرعاً وصدقةً وليس في التبرع إلزام؛ فهل بإمكانه القيام بهذا؟

الحقيقة أن هذه المسألة تحتاج للبحث والفصل فيها؛ إذ لو كان من حقِّ المدين الرجوع فيما اشترطه على نفسه من تبرع لما كان لهذا الشرط في عقد الدَّين أي أثر ولا فائدة.

والظاهر أن المسألة المذكورة لم تحظ باتفاق الفقهاء بشأن حكمها، فقد اختلفوا ولهم فيها قولان:

- **القول الأول**: لا يحق للواهب الرجوع في هبته واسترداد ما وهبه للأجنبي وإن لم يعوض عنها، وهذا القول مذهب جمهور الفقهاء:

(١) العثماني، المرجع السابق ص: ٤٥.

(٢) د. عبد السلام العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية (٣/ ١١١).

المالكية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3]، وأبو ثور (ت٢٤٠هـ)[4]، وابن حزم الظاهري (ت٤٥٦هـ)[5].

ـ **القول الثاني**: إن للواهب حق الرجوع في هبته للأجنبي مع الكراهة ما لم يُثب عليها. وذهب إلى هذا القول للحنفية، وهو مروي عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ، ومروي عن عدد من الأئمة منهم: إبراهيم النخعي (ت٩٦هـ)، وسفيان الثوري (ت١٦١هـ)، وإسحاق بن راهويه (ت٢٣٨هـ)[6].

الأدلة:

أ ـ أدلة القول الأول:

١ ـ حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «**العَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالعَائِدِ فِي قَيْئِهِ**»[7].

ووجه الدلالة من الحديث أنَّ تشبيه الرسول ﷺ الرجوع في الهبة بالرجوع وتناول القيء المستقذر مما يفيد عدم جوازه؛ لكون القيء

(١) ابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٤٢٨).
(٢) الشيرازي، المهذب (١/ ٤٤٧)؛ والشربيني، مغني المحتاج (٢/ ٤٠٢).
(٣) ابن قدامة، المغني (٥/ ٦٨٢).
(٤) المرجع نفسه (٥/ ٦٨٢).
(٥) ابن حزم، المحلى (١٠/ ٨٦).
(٦) ينظر: الموصلي، الاختيار (٣/ ٧٣)؛ وابن عابدين، حاشية رد المحتار (٥/ ٦٦٨)؛ وابن قدامة، المغني (٥/ ٦٨٢).
(٧) أخرجه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الهبة وفضلها، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته (٢/ ٩٢٤)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه لولده وإن سفل (٣/ ١٢٤١)

نجساً تعافه الفطرة السليمة، ومن ثم فالرجوع في الهبة مثله.

٢ ـ حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**لا يَحِلُّ لأَحَدٍ أَنْ يُعْطِي عَطِيَّةً فَيَرْجِعُ فِيهَا إِلَّا الوَالِدُ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ**»(١).

وهذا الحديث صريح في عدم جواز الرجوع في العطية، واستثنى الوالد بحكم كونه ملزم بالعدل بين أولاده، وأن الولد وما ملك لأبيه فيه حق معلوم.

ب ـ أدلة القول الثاني:

استند أصحاب هذا القول فيما ذهبوا إليه من جواز الرجوع في الهبة إلى ما روي من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**الرَّجُلُ أَحَقُّ بهبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا**»(٢).

كما استندوا إلى أن الواهب لم يحصل له عن الهبة عوض فجاز له الرجوع فيها كالعارية(٣).

أما الحجة في القول بالكراهة فلأن في الرجوع خسَّةً ودناءةً لقوله ﷺ: «**العَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالعَائِدِ فِي قَيْئِهِ**»(٤).

• المناقشة والترجيح:

أ ـ مناقشة أدلة القول الثاني:

ناقش أصحاب القول الأول ما ذهب إليه مخالفوهم فقالوا:

---

(١) الترمذي، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب ما جاء في الرجوع في الهبة (٣/ ٥٩٢ ـ ٥٩٣) وقال: هذا حديث حسن صحيح.

(٢) ابن ماجه، السنن، كتاب الهبات، باب من وهب هبة رجاء ثوابها (٢/ ٧٩٨)، وهو حديث ضعيف (ينظر: الشوكاني، نيل الأوطار ٧/ ١٣٤).

(٣) د. سعدي جبر، الخلافات المالية ص:٤٣٦.

(٤) سبق تخريجه.

١ ـ إن الحديث الذي استدلوا به ضعيف؛ ففي إسناده إبراهيم بن إسماعيل بن مُجَمِّع الأنصاري وهو ضعيف لا تقوم به حجة[1].

٢ ـ أما قياسهم الهبة على العارية فغير صحيح؛ لأن العارية هي هبة المنافع ولم يحصل القبض فيها، فإن قبضها باستيفائها، فنظير مسألتنا ما استوفى من منافع العارية فإنه لا يجوز الرجوع فيها[2].

ب ـ الترجيح:

يظهر ـ والله أعلم ـ أن القول الراجح هو الأول الذي يقضي بعدم جواز رجوع الواهب فيما وهبه لأجنبي؛ وذلك للأسباب التالية:

١ ـ قوة أدلة أصحاب القول الأول وسلامتها من المعارض.

٢ ـ ضعف الحديث الذي استند إليه المخالفون.

٣ ـ عدم صحة القياس على العارية.

٤ ـ تحقيق المصلحة من حيث الوفاء بالالتزامات.

وإذا توجَّه الخطاب في المسألة السابقة للهبة بوجه عام؛ فهل للمتصدِّق على وجه الخصوص حق استرداد صدقته مثلما للواهب حق استردادها ـ عند البعض ـ حسب التفصيل السابق؟.

والظاهر أن الفقهاء مجمعون على عدم جواز رجوع المتصدِّق في صدقته[3]، والحجة في هذا قول النبي ﷺ: «**العَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالعَائِدِ فِي قَيْئِهِ**»[4]، وقول أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «من وهب هبة

---

(١) ابن حجر، تقريب التهذيب ص:٢٧.

(٢) د. سعدي جبر، المرجع السابق ص:٤٣٦.

(٣) ينظر: الموصلي، الاختيار (٣/ ٧٧)؛ ومالك بن أنس، الموطأ (٢/ ٧٥٥)؛ وابن رشد، بداية المجتهد (٢/ ٤٢٨)؛ والنووي، روضة الطالبين (٢/ ٣٤٣)؛ وابن قدامة، المغني (٥/ ٦٨٤)؛ وابن حجر، فتح الباري (٥/ ٢٣٥، ٢٣٧).

(٤) سبق تخريجه.

لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها»[1]، وكذا لعموم الأحاديث القاضية بعدم الرجوع في الهبة[2].

وبهذا نخلص إلى عدم إمكانية رجوع المدين فيما تصدق به بمقتضى الشرط المتفق عليه بناء على مماطلته في سداد ما ثبت في ذمته من ديون، ومن ثم يحقق الشرط المذكور دوراً مهماً في تقليص دائرة المماطلة والحد من آثارها.



(١) البيهقي، السنن الكبرى (٦/ ١٨٢)؛ مالك بن أنس، الموطأ، كتاب الأقضية، حديث رقم: (٤٢) عن داود بن الحصين عن أبي غَطَفان بن طريف المري أن عمر بن الخطاب قال: وذكر قوله هذا (٢/ ٧٥٤). قال الألباني عنه بأنه صحيح موقوف (ينظر: الألباني، إرواء الغليل: ٦/ ٥٥)..

(٢) د. سعدي جبر، الخلافات المالية ص: ٤٤٤.

فهرس الموضوعات

الموضوع	رقم الصفحة

